المغني

لابن قدامة

تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م

المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر

أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي

المتوفى ٣٣٤ هـ

مع تحقيق فضيلة الدكتور

طه محمد الزيني

الأستاذ بالأزهر

الجزء الثامن

الناشر

مكتبة القاهرة

لصاحبها علي يوسف سليمان

بشارع الصنادقية بميدان الأزهر بمصر

صندوق البريد ٩٤٦ مصر

١٣٨٩ هـ — ١٩٦٩ م

١

مطبعة الفجالة الجديدة
٣٨ شارع الفويسى بالظاهر ــ القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الظهار

الظهار : مشتق من الظهر ، وإنما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء ، لأن كل مركوب يسمى ظهراً لحصول الركوب على ظهره فى الأغلب ، فشبهوا الزوجة بذلك ، وهو محرم . لقول الله تعالى (وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا)(١) ومعناه أن الزوجة ليست كالأم فى التحريم ، قال الله تعالى (مَاهُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ)(٢) وقال تعالى (وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ)(٣) والأصل فى الظهار الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَاهُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ)(٤) والآية التى بعدها(٥) . وأما السنّة فروى أبو داود بإسناده ، عن خُوَيْلَة بنت مالك ابن ثعلبة . قالت «تَظَاهَرَ(٦) مِنِّي أَوسُ بْنُ الصَّامِتِ فَجِئْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو ورسول الله صلى الله عليه وسلم يُجَادِلُنِي فيه ويقولُ : اتَّقِي اللهَ فإِنَّهُ ابْنُ عَمِّكَ . فما بَرِحْتُ حتى نزلَ القرآن (قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِى زَوْجِهَا(٧)) فقال : يعتق رقبةً . فقلتُ . لا يَجِدُ ، قالَ : فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، فقلتُ : يارَسُولَ اللهِ ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ ، مَابِهِ مِنْ صِيَامٍ ، قالَ : فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً . قلتُ : ماعِنْدَهُ مِنْ شَىْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ ، قال : فَأَنِّي سَأُعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ ، فقلتُ يارسولَ اللهِ فإِنِّي أُعِينُهُ بِعَرقٍ آخَرَ . قال : قد أَحْسَنْتِ ، اذْهَبِي فأطْعِمِي عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِيناً وارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمِّكِ» قال الأصمعيّ – العَرَقُ – بفتح العين والراء ، هو ما سُفَّ(٨) من خوصٍ ، كالزّنبيل الكبير ، وروى أيضاً بإسناده عن سليمان بن يَسار ، عن سَلَمة بن صَخْرٍ البياضيّ قال : « كُنْتُ أُصِيبُ مِنَ النِّسَاءِ مَالاَ يُصِيبُ غَيْرِى ، فلَمَّا دَخَلَ شَهْرُ رَمَضَانَ خِفْتُ أَنْ أُصِيبَ مِنِ امْرَأَتِي شَيْئاً يَتَتَابَعُ حَتَّى أُصْبِحَ فَظَاهَرْتُ مِنْهَا حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، فَبَيْنَا هِيَ تَخْدُمُنِي ذَاتَ لَيْلَةٍ إِذْ تَكَشَّفَ لِي مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَمْ أَلْبَثْ أَنْ نَزَوْتُ عَلَيْهَا ، فلَمَّا أَصْبَحْتُ خَرَجْتُ إِلى قَوْمِي فَأَخْبَرْتُهُمُ الْخَبَرَ ، وَقُلْتُ : امْشُوا معى إلى رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، قالوا : لاَ وَاللهِ ، فانْطَلَقْتُ إِلى النبيِّ صلى اللهُ عليه وسلم فأخبرتُهُ الخبرَ

(١ ، ٢ ، ٤) بعض الآية ٢ من سورة المجادلة (٣) بعض الآية ٤ من سورة الأحزاب

(٥) الآية ٣ من سورة المجادلة . (٦) تظاهر : يعنى ظاهر ، يقال ظاهر وتظهر بتشديد الهاء وتظاهر إذا أتى بصيغة الظهار وهى قوله (أنت على كظهر أمى) (٧) الآية الأولى من سورة المجادلة

(٨) ماسف : أى مانسج من الخوص فيعمل منه قفة أو نحوها ويقال : سف الخوص وأسفه بمعنى نسجه

فقال : أَنْتَ بِذَاكَ يَاسَلَمَة ؟ فقلتُ : أَنَا بِذَاكَ يَارَسُولَ اللهِ ، وأناصابرٌ لِحُكْمِ اللهِ فاحْكُمْ فِيَّ مَاأَرَاكَ اللهُ : قال : حَرِّرْ رَقَبَةً ، قلتُ : وَالَّذِى بَعَثَكَ بِالْحَقِّ مَا أَمْلِكُ رَقَبَةً غَيْرَهَا وَضَرَبْتُ صَفْحَةَ رَقَبَتِى ، قال : صُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ : قلتُ : وهَلْ أَصَبْتُ الَّذِى أَصَبْتُ إِلَّا مِنَ الصِّيَامِ ؟ قال : فَأَطْعِمْ وَسْقًا[1] مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتِّينَ مِسْكِيناً . قلت : والذى بعثك بالحقّ قد بِتْنَا وَحْشَيْنِ[2] مَالَنَا طَعَامٌ . قال : فانْطَلِقْ إِلَى صَاحِبِ صَدَقَةِ بَنِى زُرَيْقٍ فَلْيَدْفَعْهَا إِلَيْكَ ، قال : فاطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً وَسْقاً مِنْ تَمْرٍ ، وكُلْ أَنْتَ وَعِيَالُكَ بَقِيَّتَهَا . فرجعتُ إلى قومى فقلت : وَجَدْتُ عِنْدَكُمُ الضِّيقَ وَسُوءَ الرَّأْىِ وَوَجَدْتُ عِنْدَ رسول الله صلى الله عليه وسلم السَّعَةَ وَحُسْنَ الرَّأْىِ ، وَقَدْ أَمَرَ لِى بِصَدَقَتِكُمْ » .

٦١٦٠ فصــــل

وكل زوج صحّ طلاقه صحّ ظهاره ، وهو البالغ العاقل ، سواء كان مُسلماً أو كافراً ، حرًّا أوعبداً. قال أبو بكر : وظهار السكران مبنىّ على طلاقه . قال القاضى : وكذلك ظهار الصبىّ مبنىّ على طلاقه ، والصحيح أن ظهار الصبىّ غيرُ صحيح ، لأنها يمين موجبة للكفارة ، فلم تنعقد منه ، كاليمين بالله تعالى ، ولأن الكفَّارة وَجَبَتْ لما فيه من قول المنكَر ، والزور ، وذلك مرفوع عن الصبىّ ، لكون القلم مرفوعاً عنه . وقد قيل : لا يصح ظهار العبد ، لأن الله تعالى قال (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) والعبد لا يملك الرقاب .

ولنا : عموم الآية ، ولأنه يصحّ طلاقه ، فصحّ ظهاره ، كالحرّ . فأما إيجاب الرقبة فإنما هو على من يجدها ، ولا يبقى الظهار فى حقّ من لا يجدها ، كالمعسر ، فرضُه الصيام ، ويصحّ ظهار الذمىّ . وبه قال الشافعىّ ، وقال مالك ، وأبو حنيفه : لايصحُّ منه ، لان الكفّارة لا تصحّ منه ، وهى الرافعة للتحريم ، فلا يصحّ منه التحريم . ودليل أن الكفّارة لا تصحّ منه أنها عبادة تفتقر إلى النية ، فلا تصحّ منه ، كسائر العبادات .

ولنا : أن من صحّ طلاقه صحّ ظهاره ، كالمسلم . فأمّا ماذكروه فيبطُل بكفَّارة الصيد ، إذا قتله فى الحرم ، وكذلك الحدُّ يقام عليه . ولا نسلّم أن التكفير لا يصحّ منه ، فإنه يصحّ منه العتق والإطعام وإنما لا يصحّ منه الصوم ، فلا تمتنع صحَّة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما فى حقّ العبد ، والنية إنما تُعتبر لتعيين الفعل للكفَّارة ، فلا يمتنع ذلك فى حقّ الكافر ، كالنية فى كنايات الطلاق ، ومن يخنق فى الأحيان يصحّ ظهاره فى إفاقته ، كما يصحّ طلاقه فيه .

---

(١) الوسق : ستون صاعاً أو حمل بعير .

(٢) وحشين : تثنية وحش بفتح الواو وسكون الحاء وهو الجائع الذى لايجد طعاماً ، ويقال أوحش الرجل إذا جاع .

٦١٦١ فصـــــل

ومن لا يصحّ طلاقه لا يصحّ ظهاره ، كالطفل ، والزائل العقـل بجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو غيره ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، وبه قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا يصحّ ظهار المـكْرَهِ ، وبه قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال أبو يوسف : يصحّ ظهاره والخلاف فى ذلك مبنىّ على الخلاف فى صحّة طلاقه وقد مضى ذلك .

٦١٦٢ فصـــــل

ويصح الظهار من كلّ زوجـة ، كبيرةً كانت ، أو صغيرةً ، مسلمةً كانت ، أو ذمّيةً ، ممـكنا وطؤها ، أو غيرَ ممكن ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو ثور : لا يصحّ الظهار من التى لا يمـكن وطؤها ، لأنه لا يمـكن وطؤها والظهار لتحريم وطئها .

ولنا : عموم الآية ، ولأنها زوجة يصحّ طلاقها ، فصحّ الظهار منها ، كغيرها .

٦١٦٣ مسألة

قال ﴿ وإذا قال لزوجته : أنت علىّ كظهر أمّى ، أو كظهر امرأة أجنبيّة ، أو أنت علىّ حرام ، أو حَرَّمَ عُضواً من أعضائها ، فلا يطؤها حتّى يأتىَ بالـكفّارة ﴾ .

فى هذه المسألة فصول خمسة .

٦١٦٤ أحـــدها

أنه متى شبّه امرأته بمن تحرُم عليـه على التأبيد ، فقال : أنت علىّ كظهر أمّى ، أو أختى ، أو غيرها ، فهو مظاهر ، وهذا على ثلاثة أضرُب .

﴿ أحدها ﴾ أن يقول : أنتِ علىّ كظهر أمّى ، فهذا ظهار إجماعاً ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن صريح الظِّهار أن يقول : أنت علىّ كظهر أمّى ، وفى حديث خُوَيلة امرأة أوسِ بن الصامت أنه قال لها « أَنْتِ عَلَىَّ كَظَهْرِ أُمِّى ، فذكر ذَلِكَ لِرَسُولِ الله صَلّى اللهُ عليهِ وسلم ، فأَمَرَهُ بِالْـكَفّارَةِ » .

﴿ الضرب الثانى ﴾ أن يُشبّهها بظهر من تحرُم عليـه من ذوى رحمه ، كجدّته ، وعمّته ، وخالته ، وأخته . فهـذا ظهار فى قول أكثر أهل العـلم ، منهم الحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والشعبىّ ، والنخَعِىّ ، والزهرىّ ، والثـورىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عُبَيـد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وهو جديد قولَى الشافعىّ . وقال فى القديم : لا يـكون الظهار إلا بأمّ ، أو جدّة ، لأنّهـا أمّ أيضاً ، لأن اللفظ الذى ورد به القرآن مختصّ بالأمّ ، فإذا عـدل عنه لم يتعلّق به ما أوجبـه الله تعالى فيه .

ولنا : أنّهن محرّمات بالقرابة ، فأشْبَهْنَ الأمّ . فأمّا الآية ، فقد قال فيها (وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْـكراً

مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً) وهذا موجود فى مسألتنا ، فجرى مجراه ، وتعليق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم فى غيرها ، إذا كانت مثلها .

﴿ الضرب الثالث ﴾ أن يشبّهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب ، كالأمّهات المُرضِعات والأخوات من الرضاعة ، وحلائل الآباء ، والأبناء ، وأمّهات النِّساء ، والربائب ، اللاّتى دخل بأمّهنّ ، فهو ظهار أيضاً ، والخلاف فيها كالتى قبلها . ووجه المذهبين ماتقدّم ، ويزيد فى الأمّهات المرضعات دخولها فى عموم الأمّهات ، فتكون داخلةً فى النصّ ، وسائرهنّ فى معناها ، فثبت فيهنّ حكمها .

٦١٦٥ ﴿ الفصل الثانى ﴾

إذا شبّهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقّتاً ، كأخت امرأته ، وعمّتها ، أو الأجنبيّة ، فعن أحمد فيه روايتان .

﴿ إحداهما ﴾ أنه ظهار ، وهو اختيار الخِرَقىّ ، وقولُ أصحاب مالك .

﴿ والثانية ﴾ ليس بظهار ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأنها غيرُ محرّمة على التأبيد ، فلا يكون التشبيه بها ظِهاراً ، كالحائض ، والمحرّمة من نسائه ، ووجه الأولى أنه شبّهها بمحرّمةٍ ، فأشبه ما لو شبّهها بالأمّ ولأن مجرّد قوله : أنت علىّ حرام ، ظهار ، إذا نوى به الظِّهار ، والتشبيه بالمحرّمة تحريمٌ ، فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيُباح الاستمتاع بها فى غير الفرج ، والمحرّمة يحلّ له النظر إليها ، ولمسُها من غير شَهْوة ، وليس فى وطء واحدةٍ منهما حدّ ، بخلاف مسألتنا ، واختار أبو بكر : أنّ الظِّهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء ، قال : فبهذا أقول .

٦١٦٦ ﴿ فصـــل ﴾

وإن شبّهها بظهر أبيه ، أو بظهر غيره من الرجال ، أو قال : أنت علىّ كظهر البَهِيمة ، أو أنتِ علىّ كالمَيْتة ، والدم ، ففى ذلك كلِّه روايتان .

﴿ إحداهما ﴾ أنه ظِهار ، قال الميمونىّ : قلت لأحمد : إن ظاهر من ظهر الرجل ؟ قال : فظهرُ الرجُل حَرامٌ يكون ظهاراً ، وبهذا قال ابنُ القاسم ، صاحبُ مالك ، فيما إذا قال : أنتِ علىّ كظهر أبى ، ورُوِى ذلك عن جابر بن زيد .

﴿والرواية الثانية﴾ : ليس بظهار ، وهو قول أكثر العلماء ، لأنه تشبيهٌ بما ليس بمحلّ للاستمتاع . أشبه مالو قال : أنت علىّ كمال زيد ، وهل فيه كفّارة ؟ على روايتين :

﴿ إحداهما ﴾ فيه كفّارة ، لأنه نوع تحريم ، فأشبه ما لو حرّم ماله .

﴿ والثانية ﴾ ليس فيه شىء ، نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبّه امرأته بظَهْر الرجل : لا يكون

ظهاراً ، ولم أره يلزمه فيـه شيء ، وذلك لأنه تشبيهٌ لامرأته بما ليس بمحلّ للاستمتاع ، أشبه التشبيه بمالِ غيره ، وقال أبو الخطاب في قوله : أنتِ عليّ كالميْتة ، والدم : إن نوى به الطلاق كان طلاقاً ، وإن نوى الظِّهار كان ظِهاراً ، وإن نوى اليمين كان يميناً ، وإن لم يَنْوِ شيئاً ، ففيه روايتان :

(إحداهما) هو ظِهار .

(والأخرى) هو يمين ، ولم يتحقّق عندي معنى إرادته الظهار ، واليمين ، والله أعلم .

٦١٦٧ فصـــــل

فإن قال : أنتِ عنـدي ، أو مِنّي ، أو معي كظهر أمّي ، كان ظهاراً ، بمنزلة عليّ ، لأن هـذه الألفاظ في معناه ، وإن قال : جُمْلتُكِ ، أو بَدَنُكِ ، أو جِسْمُكِ ، أو ذَاتُكِ ، أو كُلُّكِ عليّ كظهر أمّي كان ظهاراً ، لأنه أشار إليهـا ، فهو كقوله : أنت ، وإن قال : أنتِ كظهر أمّي كان ظهاراً ، لأنه أتى بمـا يقتضي تحريمها عليـه ، فانصرف الحكم إليه ، كما لو قال : أنتِ طالق ، وقال بعضُ الشافعيّـة : ليس ليس بظهار ، لأنه فيـه مايدلّ على أن ذلك في حقّـه ، وليس بصحيح ، فإنّها إذا كانت كظهر أمّه فظهرُ أمّه محرّم عليه .

٦١٦٨ فصـــــل

وإن قال : أنتِ عليّ كأمّي ، أو مثلُ أمّي ، ونوى به الظِّهار فهو ظِهار ، في قول عامّـة العلماء ، منهم أبو حنيفة ، وصاحباه ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وإن نوى به الكرامة ، والتوقير ، أو أنّها مثلُها في الكِبَر ، أو الصفة ، فليس بظهار ، والقولُ قولُه في نيّته ، وإن أطلق فقال أبو بـكر : هو صريح في الظِّهار ، وهو قول مالك ، ومحمد بن الحسن ، وقال ابن أبي موسى : فيـه روايتان : أظهرهما أنّه ليس بظهار ، حتى ينويه ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ، لأن هـذا اللفظ يُستعمل في الكرامة ، أكثر مما يستعمل في التحريم ، فلم ينصرف إليه بغير نية ، ككنايات الطلاق .

ووجه الأول : أنه شبه امرأته بجُملةِ أمّه ، فكان مُشَبِّهاً لها بظهرها ، فيثبُت الظِّهار ، كما لو شبّهها به منفرداً ، والذي يصحّ عندي في قياس المذهب : أنّه إن وُجِدت قرينة تدل على الظهار،مثل أن يُخرجه مَخرج الحَلِف ، فيقول : إن فعلتِ كذا فأنتِ عليّ مثلُ أمّي ، أو قال ذلك حال الخصومة ، والغضب فهو ظِهار ، لأنه إذا خرج مخرَج الحَلِف فالحَلِفُ يُراد للامتناع من شيء ، أو الحَثُّ عليه ، وإنما يحصُل ذلك بتحريمها عليـه ، ولأن كونها مثلُ أمّه في صفتها ، أو كرامتها ، لا يتعلّق على شرط فيدل على أنّه إنما أراد الظهار ، ووقوع ذلك في حال الخصومة ، والغضب ، دليلٌ على أنه أراد به مايتعلّق بأذاها ، ويوجب اجتنابها ، وهو الظِّهار ، وإن عُدِم هذا فليس بظهار ، لأنه محتمِلٌ لغير الظِّهار احتمالاً كثيراً ،

فلا يتعيّن الظهار فيه بغير دليل . ونحو هـذا قول أبي ثور ، وهكذا لو قال : أنتِ عليّ كأمي ، أو مثلَ أمّي ، أو قال : أنتِ أمّي ، أو امرأتي أمّي ، مع الدليل الصارف له إلى الظِّهار كان ظهاراً ، إما بنيّة ، أو ما يقوم مقامها ، وإن قال : أمّي امرأتي ، أومثلُ امرأتي ، لم يـكن ظهـاراً ، لأنه تشبيهٌ لأمّه ، ووصفٌ لها ، وليس بوصف لامرأته .

٦١٦٩ الفصل الثالث

أنه إذا قال : أنتِ عليّ حرام . فإن نوى به الظِّهار فهو ظِهار في قول عامّتهم . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب الطلاق ، وإن أطلق ففيه روايتان :

(إحداهما) هو ظهار ، ذكره الخِرَقيّ في موضع آخر ، ونصّ عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه ، وذكره إبراهيمُ الحربيّ عن عثمان ، وابن عبّاس ، وأبي قِلابَة ، وسعيد بن جُبَير ، وميمون بن مِهْرَانَ والبتيّ : أنّهم قالوا : الحرامُ ظِهار ، ورُوى عن أحمد مايدلّ على أن التحريم يمين ، ورُوى عن ابن عبّاس أنه قال : إن التحريم يمين في كتاب الله عزّ وجلّ ، قال الله عزّ وجَلّ : (يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَاأَحَلَّ اللهُ لَكَ)[1] ثم قال : (قَدْ فَرَضَ اللهُ لَـكُمْ تَحِـلَّةَ أَيْمَانِـكُمْ)[2] وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظِّهار ليس بظهار . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والشافعيّ ، ووجه ذلك الآيةُ المذكورة ، وأنّ التحريم يتنوّع : منه ماهو بِظِهار ، وبطلاق ، وبحَيْضٍ ، وإحرامٍ وصِيامٍ ، فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ، ولا ينصرف إليه بغير نيّة ، كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق .

ووجه الأول أنه تحريم أوقعه في امرأته ، فـكان بإطلاقه ظِهاراً ، كتشبيهها بظهر أمّه ، وقولهم : إن التحريم يتنوّع . قلنا : إلاّ أنّ تلك الأنواع مُنتفية ، ولا يحصلُ بقوله منها إلا الطلاق ، وهذا أولى منه ، لأنّ الطلاق تَبين به المرأة ، وهـذا يُحرّمها مع بقاء الزوجيّة ، فـكان أدنى التحريمين ، فـكان أولى .

فأما إن قال ذلك لمحرّمةٍ عليه بحَيْضٍ ، أو نحوه ، وقصد الظِّهار فهو ظِهارٌ ، وإن قصد أنها محرّمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيـه . فإن أطلق فليس بظهار ، لأنه يحتمل الخبَر عن حالها ، ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظِّهار ، فلا يتعيّن أحدها بغير تعيين .

٦١٧٠ فصـــــل

فإن قال : الحلُّ عليّ حرام ، أو ما أحلّ الله عليّ حرام ، أو ماأنقلبُ إليه حرام ، وله امرأة ، فهو مظاهِر ، نصّ عليه أحمـد في الصُّوَر الثلاث . وذلك لأن لفظه يقتضي العموم ، فيتناول المرأة بعمومه . وإن صرّح بتحريم المرأة ، أو نواها ، فهو آكدُ ، قال أحمد فيمن قال : ماأحَلَّ الله عليّ حرام من أهلٍ ،

(١) الآية الأولى من سورة التحريم (٢) بعض الآية ٢ من سورة التحريم .

ومال : عليـه كفّارة الظّهار ، هو يمين . وتُجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هـذا ، واختار ابن عقيل : أنه يلزمه كفّارتان للظّهار ، ولتحريم المـال ، لأن التحريم تناولهما ، وكلّ واحد منهما لو انفرد أوجب كفّارة ، فـكذلك إذا اجتمعا .

ولنا : أنها يمين واحدة ، فلا توجب كفّارتين ، كما لو ظاهر من امرأتين ، أو حرّم من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا ، وفي قول أحمد : هو يمين ، إشارة إلى التعليل بما ذكرناه ، لأن اليمين الواحدةَ لاتوجب أكثر من كفّارة ، وإن نوى بقوله : ماأحلّ اللهُ عليّ حرام ، وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا كفّارة يمين ، لأن اللفظ العامّ يجوز استعماله في الخاصّ . وعلى الرواية الأخرى التي تقول : إن الحرام بإطلاقه ليس بظهار لا يكون هاهنا مظاهراً ، إلا أن ينويَ الظهار .

٦١٧١ فصـــــل

وإن قال : أنتِ عليّ كظهر أمّي حرامٌ ، فهو صريح في الظّهار ، لاينصرف إلى غيره ، سواء نوى الطلاق ، أو لم ينوه . وليس فيـه اختلاف بحمد الله لأنه صرّح بالظهار ، وبينه بقوله : حرام ، وإن قال أنتِ عليّ حرام ، كظهر أمّي ، أو كأمّي ، فـكذلك . وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحـد قوليَ الشافعيّ . والقول الثاني : إذا نوى الطلاق فهو طلاق ، وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ، إلا أنّ أبا يوسف قال : لا أقبلُ قولَه في نفي الظّهار . ووجه قولهم أنّ قوله : أنتِ عليّ حرام إذا نوى به الطلاق ، فهو طلاق ، وزيادة قوله : كظهر أمّي بعد ذلك لاينفي الطلاق ، كما لو قال : أنتِ طالق كظهرِ أمّي .

ولنـا : أنه أتى بصريح الظّهار فلم يـكن طلاقاً كالتي قبلها ، وقولهم إن التحريم مع نيّـة الطلاق طلاق لانسلّمه ، وإن سلّمناه لـكنّه فسّر لفظه هاهنا بصريح الظّهار . بقوله ، فـكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنيّة .

٦١٧٢ فصـــــل

وإن قال : أنتِ طالق كظهر أمّي ، طلقت ، وسقط كظَهْر أمي ، لأنه أتى بصريح الطلاق ، أولاً ، وجعل قوله كظهر أمي صفةً له ، فإن نوى بقوله كظهر أمي تأكيد الطلاق لم يكن ظِهاراً ، كما لو أطلق ، وإن نوى به الظّهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظّهار من الأجنبيّة ، لأنّه أتى به بعد بينونتها بالطلاق ، وإن كان رجعيًّا كان ظهاراً صحيحاً ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعيّ ، لأنه أتى بلفظ الظّهار فيمن هي زوجة . وإن نوى بقوله : أنت طالق الظّهارَ لم يـكن ظهاراً ، لأنه نوى الظّهار بصريح الطلاق ، وإن قال : أنتِ عليّ كظهر أمي طالق ، وقع الظهار ، والطلاق معاً سواء كان الطلاق بائناً ، أو رجعيًّا لأن الظهار سبق الطلاق .

٦١٧٣ فصـــل

فإن قال : أنتِ عليّ حرام ونوى الطلاق ، والظِّهار معاً كان ظهاراً ، ولم يكن طلاقاً ، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً ، وطلاقاً ، والظهار أولى بهذا اللفظ ، فينصرف إليه . وقال بعض أصحاب الشافعيّ : يقال له : اختر أيَّهما شئتَ ، وقال بعضهم : إن قال : أردتُ الطلاق والظِّهار كان طلاقاً ، لأنه بدأ به ، وإن قال : أردتُ الظِّهار والطلاق كان ظهاراً ، لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ، ويلزمه ما بدأ به .

ولنا : أنه أتى بلفظة الحرام ينوى بها الظهار ، فكانت ظهاراً ، كما لو انفرد الظِّهار بنيته ، ولا يكون طلاقاً لأنه زاحمت نيّته نيَّة الظهار ، وتعذّر الجميع ، والظهار أولى بهذه اللفظة ، لأن معناهما واحد ، وهو التحريم ، فيجب أن يغلّب ماهو الأولى ، أما الطلاق فإن معناه الإطلاق ، وهو حَلّ قيدِ النكاح ، وإنّما التحريم حكم له فى بعض أحواله ، وقد ينفكّ عنه . فإن الرجعيَّة مُطلّقة مباحة ، وأما التخيير فلا يصحّ ، لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها ، لكونه أهلاً ، والمحلّ قابلاً ، ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدّتها من حين أوقع الطلاق ، وليس إليه رفع حكم ثبت فى المحلّ باختياره ، وإبداله بإرادته ، والقول الآخرُ مبنىّ على أن له الاختيار ، وهو فاسد على ماذكرنا ، ثم إنَّ الاعتبار بجميع لفظه ، لا بما بدأ به . ولذلك لو قال : طلّقت هذه أو هذه لم يلزم طلاق الأولى .

٦١٧٤ الفصل الرابع

أنه إذا شبّه عُضواً من امرأته بظهر أمّه ، أو عضواً من أعضائها فهو مظاهر ، فلو قال : فرجُك ، أو ظهرك ، أو رأسك ، أو جِلدك عليّ كظهر أمّى ، أو بدنها ، أو رأسِها ، أو يدِها فهو مظاهر ، وبهذا قال مالك ، وهو نصّ الشافعيّ ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه ليس بمظاهِر حتّى يشبّه جُملةَ امرأته ، لأنه لو حلف بالله لا يمسّ عضواً منها لم يَسْرِ إلى غيره ، فكذلك المظاهرة ، ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ، ، ولا هو فى معنى المنصوص ، لأن تشبيه جُملتها تشبيه لمحلّ الاستمتاع بما يتأكّد تحريمه ، وفيه تحريمٌ لجملتها ، فيكون آكدَ ، وقال أبو حنيفة : إن شبّهها بما يُحرم النظر إليه من الأمّ كالفرج ، والفَخِذ ، ونحوها فهو مظاهر ، وإن لم يحرُم النظر إليه ، كالرأس ، والوجه ، لم يكن مظاهراً ، لأنه شبّهها بعضوٍ لا يحرُم النظر إليه ، فلم يكن مُظاهراً ، كما لو شبّهها بعضو زوجةٍ له أخرى .

ولنا : أنه شبّهها بعضوٍ من أمّه ، فكان مظاهراً ، كما لو شبَّهها بظهرها ، وفارق الزوجة ، فإنّه لو شبَّهها بظهرها لم يكن مُظاهراً ، والنظر إن لم يحرُم فإن التلذّذ يحرم ، وهو المستفاد بعقد النكاح .

٦١٧٥ فصل

وإن قال: كشعر أمي، أو سنها، أو ظفرها، أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه، أو بعضو من أعضائها الثلاثة، لم يكن مظاهراً، لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة، ولا يقع الطلاق بإضافته إليها، فكذلك الظهار، وكذلك لو قال: كزوج أمي، فإن الزوج لا يوصف بالتحريم، ولا هو محل للاستمتاع، وكذلك الريق، والعرق، والدمع، وإن قال: وجهي من وجهك حرامٌ فليس بظهار. نص عليه أحمد، وقال: هذا شيء يقوله الناسُ، ليس بشيء، وذلك لأن هذا يُستعمل كثيراً في غير الظِّهار، ولا يؤدي معنَى الظهار، فلم يكن ظِهاراً، كما لو قال: لا أكلِّمك.

٦١٧٦ فصل

فإن قال: أنا مظاهر، أو عليّ الظهار، أو عليّ الحرام، أو الحرام لي لازم، ولا نيّة له لم يلزمه شيء، لأنه ليس بصريح في الظِّهار، ولا نوى به الظهار، وإن نوى به الظهار، أو اقترنت به قرينة تدل على إرادته الظهار، مثل أن يعلقه على شرط فيقول: عليّ الحرام إن كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً، لأنه أحد نوعي تحريم الزوجة، فصح بالكناية مع النيّة، كالطلاق، ويحتمل أن لا يثبُت به الظِّهار، لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه، وهذا ليس بصريح فيه، ولأنه يمين موجبةٌ للكفارة، فلم يثبُت حكمه بغير الصريح، كاليمين بالله تعالى.

٦١٧٧ فصل

يكره أن يُسمِّي الرجل امرأته بمن تحرم عليه، كأمه، أو أخته، أو بنته، لما روى أبو داود بإسناده عن أبي تميمة الهُجَيْمِيّ «أَنَّ رَجُلاً قَالَ لامْرَأَتِهِ: يَاأُخَيَّة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أُخْتُكَ هِيَ؟ فكره ذلك، وَنَهَى عَنْهُ» ولأنه لفظ يُشبه لفظ الظِّهار، ولا تحرُم بهذا، ولا يثبُت حكم الظهار فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يقل له: حَرُمَتْ عَلَيْكَ، ولأن هذا اللفظ ليس بصريح في الظِّهار، ولا نواه به، فلا يثبُت التحريم. وفي الحديث عن النبيّ ﷺ: «أَنَّ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلاَمُ أَرْسَلَ إِلَيْهِ جَبَّارٌ فَسَأَلَهُ عَنْهَا - يَعْنِي عَنْ سَارَةَ - فقال: إِنَّهَا أُخْتِي» ولم يُعدّ ذلك ظهاراً.

٦١٧٨ الفصل الخامس

أن المظاهر يحرُم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر. وليس في ذلك اختلاف، إذا كانت الكفارة عِتقاً، أو صَوْماً، لقول الله تعالى: (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا)(١)، وقوله سبحانه: (فَمَنْ

(١) بعض الآية ٣ من سورة المجادلة.

لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا)(١) ، وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالإطعام مثلُ ذلك ، وأنه يحرُم وطؤها قبل التكفير ، منهم عطاء ، والزهرىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وذهب أبوثور إلى إباحة الجماع قبل التكفير بالإطعام ، وعن أحمد مايقتضى ذلك ، لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله ، كما فى العتق والصِّيام .

ولنا : ماروى عكرمة عن ابن عباس : «أنَّ رَجُلاً أَتَى النبىّ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسلم ، فقال : يارَسُولَ اللهِ إنى تظاهرت من امراتى ، فوقعتُ عليها قبل أن أكفر ؟ فقال : مَاحَمَلَكَ عَلَى ذَلِكَ يَرْحَمُكَ اللهُ ؟ قال رَأَيْتُ خَلْخَالَهَا فِي ضَوْءِ الْقَمَرِ . قال : فَلَا تَقْرَبْهَا حَتَّى تَفْعَلَ مَاأَمَرَكَ اللهُ » رواه أبو داود والترمذىّ وقال : حديث حسن ، ولأنه مظاهر لم يكفر ، فحرُم عليه جماعها ، كما لو كانت كفَّارته العتق ، أو الصِّيام ، وترك النصّ عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذى فى معناها .

٦١٧٩ فصـــــل

فأما التلذّذ بما دون الجماع ، من القُبْـلَةِ ، واللمس ، والمباشرة فيما دون الفرج ، ففيه روايتان :

(إحداهما) يحرم . وهو اختيار أبى بكر . وهو قول الزهرىّ ، ومالك ، والأوزاعىّ ، وأبى عُبَيد وأصحاب الرأى ، ورُوى ذلك عن النخَعِىّ ، وهو أحد قولى الشافعىّ ، لأن ماحرّم الوطء من القول حرّم دواعيه ، كالطلاق ، والإحرام .

(والثانية) لاتحرم . قال أحمد : أرجو أن لا يكون به بأس ، وهو قول الثورىّ ، وإسحاق ، وأبى حنيفة . وحُكى عن مالك ، وهو القول الثانى للشافعىّ ، لأنه وطء يتعلّق بتحريمه مال ، فلم يتجاوزه التحريم ، كوطء الحائض .

٦١٨٠ فصـــــل

ولا يصحّ الظِّهار من أَمَته ، ولا أمّ ولده . رُوى ذلك عن ابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، وسعيد ابن المسيّب ، ومُجاهد ، والشعبىّ ، وربيعة ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبى حنيفة ، وأصحابه . ورُوى عن الحسن ، وعكرمة ، والنخعىّ ، وعمرو بن دينار ، وسُليمان بن يَسار ، والزهرىّ ، وقتادة ، والحكم ، والثورىّ ، ومالك : فى الظِّهار من الأمة كفَّارة تامّة ، لأنّها مُباحة له ، فصحّ الظِّهار منها ، كالزوجة ، وعن الحسن ، والأوزاعىّ . إن كان يطؤها فهو ظهار ، وإلا فلا ، لأنه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله .

---

(٢) بعض الآية ٤ من سورة المجادلة .

وقال عطاء : عليه نصف كفّارة حرّة ، لأن الأمة على النصف من الحرّة فى كثير من أحكامها ، وهـذا من أحكامها ، فتـكون على النصف .

ولنا : قول الله تعـالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) نخصّهنّ به ، ولأنه لَفْظ يتعلّق به تحريم الزوجة ، فلا تحرُم به الأمة ، كالطلاق ، ولأن الظِّهار كان طلاقاً فى الجاهليَّة ، فنقل حكمه وبقى محلّه . قال أحمد : قال أبو قِلاَبة ، وقتادة : إن الظّهار كان طلاقاً فى الجاهلية . ورُوى عن أحمد : أن على المظاهر من أمته كفّارة ظهار ، وقال أبو بكر : لايتوجّه هذا على مذهبه ، لأنه لو كانت عليه كفّارة ظهار كان ظهاراً ، ولـكن عليه كفّارة يمين ، لأنه تحريمٌ لمباح من ماله ، فـكانت فيه كفّارة يمين ، كتحريم سائر ماله . قال نافع : « حَرَّمَ رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم جَارِيَتَهُ فَأَمَرَهُ اللهُ أَنْ يُـكَفِّرَ يَمِينَهُ » ويحتمل أن لايلزمه شيء ، بناء على قوله فى المرأة : إذا قالت لزوجها أنت علىّ كظهر أبى لايلزمُها شيء ، وإن قال لأمته : أنتِ علىّ حرام ، فعليه كفّارة يمين ، لقول الله تعـالى : (يَاأَيُّهَا النَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَاأَحَلَّ اللهُ لَكَ ؟)[1] إلى قوله تعـالى ـ « قَدْ فَرَضَ اللهُ لَـكُمْ تَحِـلَّةَ أَيْمَانِـكُمْ »[2] نزلت فى تحريم النبى ﷺ جاريته فى قول بعضهم . ويخرّج على الرواية الأخرى أن تلزمه كفّارة ظهار ، لأن التحريم ظِهار . والأول هو الصحيح ، إن شاء الله تعالى .

٦١٨٠ فصـــــل

ويصحّ الظهار مؤقّتاً ، مثل أن يقول : أنتِ علىّ كظهر أمىّ شهراً ، أو حتى ينسلخ شهر رمضان فإذا مضى الوقت زال الظِّهار ، وحلّت المرأة بلا كفّارة ، ولا يـكون عائداً بالوطء فى المدّة ، وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، وقتادة ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأحد قولى الشافعىّ . وقوله الآخر : لا يكون ظِهاراً ، وبه قال ابن أبى ليلى ، والليث ، لأن الشرع ورد بلفظ الظِّهار مُطلقاً ، وهذا لم يُطلق . فأشبه ما لو شبّهها بمن تحرم عليـه فى وقت ، دون وقت ، وقال طاوس : إذا ظاهر فى وقت فعليـه الـكفّارة ، وإن برّ ، وقال مالك : يسقُط التأقيتُ ، ويكون ظهاراً مطلقاً ، لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة ، فإذا وقّته لم يتوقّت كالطلاق .

ولنا : حديث سَلَمَةَ بن صَخْرٍ وقولُه « تَظَاهَرْتُ مِنْ امْرَأَتِى حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، وَأَخْبَرَ النَّبِىَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَم أَنَّه أصابها فى الشهر ، فأمره بالـكَفَّارَةِ » ولم يعتبر عليه تقييده ، ولأنه منع نفسه منها بيمين لها كفّارة ، فصحّ مؤقّتاً ، كالإيلاء ، وفارق الطلاق ، فإنه يُزيل الملك ، وهو يُوقِـع تحريماً

---

(١) الآية الأولى من سورة التحريم . (٢) بعض الآية ٢ من سورة التحريم

يرفعه التكفير ، فجاز تأقيته ، ولا يصح قولُ من أوجب الكفّارة ، وإن برّ لأن الله تعالى إنما أوجب الكفّارة على الذين يعودون لما قالوا ، ومن برّ ، وترك العَوْدَ في الوقت الذى ظاهر فلم يَعُد لما قال ، فلا تجب عليه كفّارة . وفارق التشبيه بمن لا تحرُم عليه ، على التأبيد ، لأن تحريمها غير كامل ، وهذه حرّمها فى هذه المدة تحريماً مُشبَّهاً بتحريم ظهر أمّه ، على أننا نمنع الحكم فيها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء فى المدّة ، وهذا هو المنصوص عن الشافعىّ ، وقال بعض أصحابه : إن لم يُطلّقها عقيب الظهار فهو عائد ، عليه الكفّارة ، وقال أبو عُبَيد : إذا أجمع على غِشيانها فى الوقت لزمته الكفّارة ، وإلا فلا ، لأن العَوْد العزمُ على الوطء .

ولنا : حديث سَلَمة بنِ صَخْرٍ ، وأنه لم يوجب عليه الكفّارة إلا بالوطء ، ولأنّها يمين لم يَحْنَث فيها فلا يلزمه كفّارتها ، كاليمين بالله تعالى ، ولأن المظاهِر فى وقت عازمٌ على إمساك زوجته فى ذلك الوقت ، فمن أوجب عليه الكفّارة بذلك كان قولُه كقول طاوس ، فلا معنى لقوله : يصحّ الظهار مؤقّتاً ، لعدم تأثير الوقت .

٦١٨١ فصــــل

ويصحّ تعليق الظهار بالشروط ، نحو أن يقول : إن دخلتِ الدار فأنت علىّ كظهر أمّى ، وإن شاء زيد فأنتِ علىّ كظهر أمّى ، فمتى شاء زيد ، أو دخلت الدار صار مُظاهِراً ، وإلا فلا ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، لأنه يمين ، فجاز تعليقه على شرط ، كالإيلاء . ولأن أصل الظهار أنّه كان طلاقاً ، والطلاق يصحّ تعليقُه بالشرط ، فكذلك الظِّهار : ولأنه قول تحرُم به الزوجة ، فصحّ تعليقه على شرط كالطلاق ، ولو قال لامرأته : إن تظاهرتُ من امرأتى الأخرى فأنتِ علىّ كظهر أمّى ثم تظاهر من الأخرى صار مُظاهِراً منهما جميعاً . وإن قال : إن تظاهرت من فلانة الأجنبيّةفأنت على كظهر أمى ، ثم قال للأجنبيه : أنتِ علىّ كظهر أمّى صار مظاهراً من امرأته ، عند من يرى الظهار من الأجنبيّة ، ومن لا فلا ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

٦١٨٢ فصــــل

فإن قال : أنتِ علىّ كظهر أمّى إن شاء الله ، لم ينعقد ظهاره . نصّ عليه أحمد فقال : إذا قال لامرأته عليه كظهر أمّه إن شاء الله فليس عليه شىء ، هى يمين ؛ وإذا قال : ماأحلّ الله علىّ حرام إن شاء الله ، وله أهلٌ هى يمين ، ليس عليه شىء ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافَهم ، وذلك لأنها يمين مكفّرة فصحّ الاستثناء فيها ، كاليمين بالله تعالى ، أو كتحريم ماله ، وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَقَالَ : إِنْ شَاءَ اللهُ فَلاَ حِنْثَ عَلَيْهِ » رواه

الترمذيّ ، وقال : حـديث حسن غريب ، وفى لفظ « مَنْ حَلَفَ فَاسْتَثْنَى ، فَإِنْ شَاءَ فَعَلَ وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ غَيْرَ حِنْثٍ » رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والنسائيّ ، وإن قال : أنتِ علىّ حرام ، ووالله لا أكلمك إن شاء الله ، عاد الاستثناء إليهما فى أحد الوجهين ، لأن الاستثناء إذا تعقب جُمَلاً عاد إلى جميعها ، إلا أن ينوىَ الاستثناء فى بعضها ، فيعود إليه وحـده ، وإن قال : أنت علىّ حرام ، إذا شـاء الله ، أو إلاّ ماشاء الله ، أو إلى أن يشاء الله ، أو ماشاء الله . فـكلُّه استثناء ، يرفع حكم الظِّهار . وإن قال : إن شاء الله فأنتِ حرامٌ فهو استثناء برفع حكم الظِّهار . لأن الشرط إذا تقدّم يُجاب بالفاء ، وإن قال : إن شاء الله أنت حرام ، فهو استثناء ، لأن الفاء مقدّرة ، وإن قال : إن شاء الله فأنتِ حرام صحّ أيضاً ، والفاء زائدة ، وإن قال : أنتِ حرام إن شاء الله ، وشاء زيد ، فشاء زيد ، لم يصر مُظاهِراً ، لأنه علّقه على مشيئتين ، فلا يحصُل بإحداها .

٦١٨٤ مسألة

قال ﴿ فإن مات ، أو ماتت ، أو طلّقها لم تلزمه الـكفّارة . فإن عاد فتزوّجها لم يطأها حتى يـكفّر ، لأن الحنث بالعَوْد ، وهو الوطء ، لأن الله عزّ وجـلّ أوجب الـكفّـارة على المظـاهِر قبل الحِنْث ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى ثلاثة فصول :

٦١٨٥ أحدها

أن الـكفّارة لاتجب بمجرّد الظِّهار . فلو مات أحدها ، أو فارقها قبل العود ، فلا كفّارة عليه . وهذا قول عطـاء ، والنخَعِيّ ، والأوزاعيّ ، والحسن ، والثوريّ ، ومالك ، وأبو عُبَيد ، وأصحـاب الرأى ، وقال طاوس ، ومجاهد ، والشعبيّ ، والزهريّ ، وقتادة : عليه الـكفّارة بمجـرّد الظِّهار ، لأنه سبب للـكفّارة ، وقد وجد ، ولأن الـكفّارة وجبت لقول المنـكَرْ ، والزور ، وهـذا يحصُل بمجرّد الظِّهار ، وقال الشافعيّ : متى أمسكها بعد ظِهاره زمناً يمـكنه طلاقُها فيه فلم يطلّقها فعليه الـكفّارة ، لأن ذلك هو العَوْدُ عنده .

ولنا : قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) فأوجب الـكفّارة بأمرين : ظهار ، وعود ، فلا تثبت بأحدها ، ولأن الـكفّـارة فى الظهار كفّارة يمين ، فلا يحنَث بغير الحِنث ، كسائر الإيمان ، والحِنْثُ فيها هو العَوْدُ ، وذلك فعلُ ماحلف على تركه ، وهو الجماع ، وترك طلاقها ليس بحنث فيها ، ولا فعل لما حلف على تركه ، فلا تجب به الـكفّارة ، ولأنه لو كان الإمساك عوداً لوجبت الـكفّـارة على المظاهِر المُوَقِّت وإن برّ ، وقد نصّ الشافعيّ على أنها لاتجب عليـه .

إذا ثبت . هذا : فإنه لا كفَّارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها ، وكذلك إن فارقها ، سواء كان ذلك متراخياً عن يمينه ، أو عَقِيبه ، وأيُّهما مات ورثه صاحبهُ في قول الجمهور ، وقال قَتادة : إن ماتت لم يرثها حتى يُكفّر . ولنا : أن مَنْ روثها إذا كفّر ورثها وإن لم يكفّر ، كالمولَى منها .

٦١٨٦ الفصل الثـانى

أنه إذا طلّق من ظاهَرَ منها ، ثم تزوّجها لم يحلّ له وطؤها ، حتّى يـكفّر ، سواء كان الطـلاق ثلاثاً ، أو أقلّ منه ، وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر ، أو قبله ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول عطاء ، والحسن ، والزهريّ ، والنخَعيّ ، ومالك ، وأبى عُبَيد ، وقال قتادة : إذا بانت سقط الظِّهار ، فإذا عاد فنـكحها فلا كفّارة عليه ، وللشافعيّ قولان كالمذهبين . وقول ثالث : إن كانت البينونةُ بالثلاث لم يَعُدِ الظهارُ ، وإلا عاد ، وبناه على الأقاويل فى عَوْدِ صفة الطلاق فى النـكّاح الثانى .

ولنا عموم قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) وهذا قد ظاهرَ من امرأته ، فلا يحلّ أن يتماسَّا حتى يـكفِّر ، ولأنه ظاهر من امرأته فلا يحلّ له مسُّها قبل التـكفير ، كالتى لم يطلّقها ، ولأن الظِّهار يمين مـكفَّرة ، فلم يبطلُ حكمُها بالطلاق ، كالإيلاء .

٦١٨٧ الفصل الثالث

أنَّ العود هو الوطء فمتى وطىء لزمته الـكفّـارة ، ولا تجب قبل ذلك ، إلا أنها شرط لِحلّ الوطء ، فيؤمرُ بها من أراده ليستحلَّه بها ، كما يؤمرُ بعقد النـكاح مَنْ أراد حِلّ المرأة . وحُـكى نحوُ ذلك عن الحسن ، والزهريّ ، وهو قول أبى حنيفة ، إلا أنه لا يوجبُ الـكفـاره على من وطىء ، وهى عنده فى حق من وطىء كمن لم يطأ .

وقال القاضى وأصحابه : العَوْدُ العزمُ على الوطء ، إلا أنهم لم يوجبوا الـكفّارة على العازم على الوطء ، إذا مات أحدهما ، أو طلّق قبـل الوطء . إلا أبا الخطاب فإنه قال : إذا مات بعـد العزم أو طلق فعليـه الـكفّارة ، وهذا قول مالك ، وأبى عُبَيد ، وقد أنـكر أحمد هـذا ، فقال : مالك يقول : إذا أجمع لزمته الـكفّـارة ، فـكيف يـكون هـذا ؟ لو طلقها بعد ما يُجمِع كان عليه كفـارة ؟ إلا أن يـكون يذهب إلى قول طاوس : إذا تـكلّم بالظهار لزمه مثلُ الطلاق . ولم يُعجب أحمدَ قولُ طاوس .

وقال أحمد فى قوله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا) قال : العود الغشْيانُ ، إذا أراد أن يَغْشَى كفَّر ، واحتجّ من ذهب إلى هذا بقوله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) فأوجب

الـكفّـارة بعد العود قبل التماس ، وما حرُم قبل الـكفّـارة لايجوز كونه متقدّماً عليهـا ، ولأنه قصـد بالظهار تحريمها ، فالعزم على وطئها عود فيما قَصَد ، ولأن الظِّهار تحريم ، فإذا أراد استباحتها فقد رجع فى ذلك التحريم ، فـكان عائداً . وقال الشافعىّ : العود إمساكها بعد ظِهاره زمناً يمـكنه طلاقُها فيه ، لأن ظِهاره منها يقتضى إبانتها ، فإمساكها عود فيما قال : وقال داود : العودُ تـكرار الظِّهار مرةً ثانيةً ، لأن العَوْدَ فى الشىء إعادته .

ولنا : أن العود فعل ضدّ قوله ، ومنه « الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ » هو الراجع فى الموهوب ، والعائد فى عِدَتِهِ التارك للوفاء بما وعَدَ ، والعائدُ فيما نُهِيَ عنه فاعلُ المنهىّ عنه ، قال الله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ[1]) فالمظاهر محرّم للوطء على نفسه ، ومانع لها منه . فالعود فعله ، وقولهم : إن العود يتقدّم التـكفير ، والوطء يتأخّر عنه . قلنا : المراد بقوله (ثُمَّ يَعُودُونَ) أى يريدون العَوْدَ ، كقول الله تعالى (إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ[2]) أى أردتم ذلك وقوله تعالى (فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ[3]) فإن قيل : فهذا تأويل ، ثم هو رجوع إلى إيجاب الـكفّـارة بالعزم المجرّد ؟ قلنا : دليل التأويل ماذكرنا .

وأما الأمر بالـكفّـارة عند العزم فإنّما أمر بها شرطاً للحلّ ، كالأمر بالطّهارة لمن أراد صلاة النافلة ، والأمر بالنيّـة لمن أراد الصيام ، أما الإمساك فليس بعود ، لأنه ليس بعود فى الظِّهار المؤقّت ، فـكذلك فى المطلَق ، ولأن العود فعل ضدّ ماقاله ، والإمساك ليس بضدّ له ، وقولُهم : إن الظهار يقتضى إبانتها لايصحّ ، وإنما يقتضى تحريمها ، واجتنابها ، ولذلك صحّ توقيته ، ولأنه قال (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا) وثُمَّ للتراخى ، والإمساك غير متراخٍ ، وأما قول داود . فلا يصحّ ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أوْساً وسَلَمةَ ابنَ صَخرٍ بالـكفّـارة من غير إعادة اللفظ ، ولأن العود إنّما هو فى مَقُولِهِ دون قوله ، كالعود فى الهِبَةِ ، والعِدَةِ ، والعَوْدِ لما نُهِىَ عنه ، ويدلّ على إبطال هذه الأقوال كلّهـا أن الظهار يمين مـكفّرة ، فلا تجب الـكفارة إلا بالحنث فيها ، وهو فعل ماحلف على تركه ، كسائر الأيمان ، وتجب الـكفـارة بذلك كسائر الأيمان ، ولأنهـا يمين تقتضى ترك الوطء ، فلا تجب كفّـارتهـا إلا به كالإيـلاء .

٦٦٨٨  مسألة

قال : ﴿ وإذا قال لامرأة أجنبية : أنت علىّ كظهر أمىّ لم يطأها إن تزوّجها حتّى يأتىَ بالـكفّـارة﴾.

(١) بعض الآية ٨ من سورة المجادلة . (٢) بعض الآية ٦ من سورة المائدة .
(٣) بعض الآية ٩٨ من سورة النحل .

وجملته : أن الظهار من الأجنبية يصح ، سواء قال ذلك لامرأة بعينها ، أو قال : كلُّ النساء على كظهر أمي ، وسواء أوقعه مطلقاً ، أو علَّقه على التزويج ، فقال : كلّ امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمّى ، ومتى تزوّج التى ظاهر منها لم يطأها حتى يكفّر . يروى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وعُروة ، وعطاء ، والحسن ، ومالك ، وإسحاق ، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج . وهو قول الثورى ، وأبى حنيفة ، والشافعى ، ويروى ذلك عن ابن عباس ، لقول الله تعالى (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) والأجنبية ليست من نسائه ، ولأن الظهار يمين ، ورد الشرع بحكمها مقيّداً بنسائه ، فلم يثبت حكمها فى الأجنبية ، كالإيلاء ، فإن الله تعالى قال : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) كما قال (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[1]) ولأنها ليست بزوجة ، فلم يصح الظهار منها كأمته ، ولأنه حرّم محرّمة ، فلم يلزمه شىء ، كما لو قال : أنت حرام ، ولأنه نوع تحريم ، فلم يتقدّم النكاح ، كالطلاق .

ولنا : ما روى الإمام أحمد بإسناده ، عن عمر بن الخطاب أنه قال فى رجل قال : إن تزوّجت فلانة فهى على كظهر أمى فتزوجها ، قال : « عليه كفّارة الظهار » ولأنها يمين مكفّرة ، فصح انعقادها قبل النكاح ، كاليمين بالله تعالى ، أما الآية فإن التخصيص خرّج مخرّج الغالب ، فإن الغالب أنّ الإنسان إنما يُظاهر من نسائه ، فلا يوجب تخصيص الحكم بهن ، كما أن تخصيص الربيبة التى فى حِجْره بالذّكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم ، وأما الإيلاء ، فإنّما اختصّ حكمه بنسائه ، لكونه يَقْصِد الإضرار بهنّ دون غيرهنّ ، والكفّارة وجبت ههنا لقول المنكر ، والزور ، ولا يختصّ ذلك بنسائه ، ويفارق الظِّهارُ الطلاقَ من وجهين :

أحدهما : أن الطلاق حَلُّ قَيْد النكاح ، ولا يمكن حلّه قبل عَقْده ، والظّهار تحريم للوطء ، فيجوز تقديمه على العقد كالحيض .

الثانى : أن الطلاق يرفع العقد ، فلم يجُز أن يسبقه ، وهذا لا يرفعه ، وإنما تتعلّق الإباحة على شرط ، فجاز تقدّمه . وأما الظِّهار من الأمة فقد انعقد يميناً . وجبت به الكفّارة ، ولم تجب كفّارة الظِّهار ، لأنّها ليست امرأةً له حال التكفير ، بخلاف مسألتنا .

٦١٨٩ فصـــل

وإذا قال : كلّ امرأة أتزوّجها فهى على كظهر أمى ، ثم تزوج نساء وأراد العَوْد فعليه كفّارة ،

---

(١) بعض الآية ٢٢٦ من سورة البقرة

واحدة ، سواء تزوجهن في عقد ، أو في عقود متفرقة ، نص عليه أحمد ، وهو قول عُروة ، وإسحاق ، لأنها يمين واحدة ، فكفارتها واحدة ، كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، وعنه : أن لكل عقد كفارة ، فلو تزوج اثنتين في عقد ، وأراد العود فعليه كفارة واحدة ، ثم إذا تزوج أخرى ، وأراد العود فعليه كفارة أخرى ، ورُوى ذلك عن إسحاق ، لأن المرأة الثالثة وُجد العقد عليها الذى يثبت به الظهار ، وأراد العود إليها بعد التكفير عن الأولتين ، فكانت عليه لها كفارة ، كما لو ظاهر منها ابتداء .
ولو قال لأجنبية : أنت على كظهر أمي ، وقال : أردتُ أنها مثلها في التحريم في الحال دُيِّنَ في ذلك ، وهل يقبل في الحكم ؟ يحتملُ وجهين .

أحدهما : لا يُقبل لأنه صريح للظهار ، فلا يقبل صرفه إلى غيره .

والثاني : يقبل ، لأنها حرام عليه ، كما أن أمه حرام عليه .

٦١٩٠ مسألة

قال : ﴿ ولو قال : أنت على حرام ، وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء ، وإن تزوجها ، لأنه صادق ، وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها ، حتى يأتي بكفارة الظهار ﴾ .

أما إذا أراد بقوله لها : أنت على حرام الإخبارَ عن حُرمتها في الحال ، فلا شيء عليه ، لأنه صادق ، لكونه وصفها بصفتها ، ولم يقل مُنكَراً ، ولا زوراً ، وكذلك لو أطلق هذا القول ، ولم يكن له نية ، فلا شيء عليه لذلك ، وإن أراد تحريمها في كل حال فهو ظهار ، لأن لفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار في الزوجة ، فكذلك في الأجنبية ، فصار كقوله أنت على كظهر أمي .

٦١٩١ مسألة

قال ﴿ ولو ظاهر من زوجته وهي أمة ، فلم يكفِّر حتى ملكها انفسخ النكاح ، ولم يطأها حتى يكفِّر ﴾ .

وجملته أن الظهار يصح من كل زوجة ، أمة كانت ، أو حرة ، فإذا ظاهر من زوجته الأمة ، ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار : فذكر الخِرَقيّ ههنا أنه باقٍ ولا يحل له الوطء حتى يكفّر ، وبه يقول مالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ونص عليه الشافعي ، وقال القاضي : المذهب ماذكر الخِرَقيّ ، وهو قول أبي عبد الله بن حامد ، لقول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) وهذا قد ظاهر من امرأته ، فلم يحلّ له مسُّها حتى يكفّر ، ولأن الظهار قد صح فيها ، وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك ، والحل ،

فبملك اليمين أولى ، ولأنها يمين انعقدت موجِبةً لـكفارة ، فوجبت دون غيرها ، كسـائر الأيمـان ، وقال أبو بكر عبد العزيز : يسقُط الظهار بملـكه لها ، وإن وطئها حَنِث ، وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهى أمتهُ لأنها خرجت عن الزوجات ، وصار وطؤه لهـا بملك اليمين فلم يـكن موجِباً لـكفّـارة الظهار ، كما لو تظاهر منها . وهى أمته ، ويقتضى قول أبى بـكر هذا أن تُباح قبل التـكفير ، لأنه أسقط الظهار ، وجعله يميناً ، كتحريم أمته ، فإن أعتقهـا عن كفارته صحّ على القولين ، فإن تزوجهـا بعد ذلك حلّت له بغير كفّـارة ، لأنه كفّر عن ظهاره بإعتاقها ، ولا يمتنع إجزاؤها عن الـكفارة التى وجبت بسببها ، كما لو قال : إن ملـكت أمة فلله على عتق رقبة ، فملك أمةً فأعتقها ، وإن أعتقها عن غير الـكفّـارة، ثم تزوّجها عاد حكم الظهار ، ولم تحلّ له حتى يـكفر .

٦١٩٢ مسألة

قال : ﴿ ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة ﴾ .

وجملته : أنه إذا ظاهر من نسائه الأربع بلفظ واحد ، فقـال : أنتنّ علىّ كظهر أمى فليس عليه أكثر من كفّارة ، بغـير خلاف فى المذهب . وهو قول علىّ ، وعمر ، وعُروةَ ، وطاوس ، وعطاء ، وربيعة ، ومالك ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، والشافعىّ فى القديم ، وقال الحسن ، والنخَعِىّ والزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، والحـكم ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، والشافعىّ فى الجديد : عليه لكل امرأة كفّارة ، لأنه وُجِد الظِّهار والعَوْدُ فى حقّ كلّ امرأةٍ منهنّ ، فوجب عليه عن كلّ واحدة كفّارة ، كما لو أفردها به .

ولنـا : عموم قول عمر ، وعلىّ رضى الله عنهما ، رواه عنهما الأثرم ، ولا نعرف لها فى الصحابة مخالفاً ، فـكان إجماعاً ، ولأن الظِّهار كلمة تجب بمخالفتها الـكفّارة ، فإذا وُجدت فى جماعة أوجبت كفّارةً واحدةً كاليمين بالله تعالى ، وفارق ما إذا ظاهر منهـا بكلمات ، فإنَّ كلّ كلمةٍ يقتضى كفّارة ترفعُها ، وتـكفِّر إثمها ، وهاهنا الـكلمة واحدة ، فالـكفّارة الواحدة ترفع حكمها ، وتمحو إثمها ، فلايبقى لها حكم .

٦١٩٣ فصـــل

ومفهوم كلام الخِرَقىّ أنه إذا ظاهر منهنّ بكلمات ، فقال : لـكلٍّ واحدة : أنتِ علىّ كظهرِ أمِّى فإنّ لـكلٍّ يمين كفّارة . وهذا قولُ عروة ، وعطاء ، قال أبو عبد الله بن حامد : المذهبُ رواية واحدة فى هذا ، قال القاضى : المذهب عندى ماذكر الشيخ أبو عبد الله ، قال أبو بكر : فيه رواية أخرى : أنه يُجزئه كفّارة واحدة ، واختار ذلك ، وقال : هذا الذى قلناه اتباعاً لعمر بن الخطاب ، والحسن ، وعطاء وإبراهيم ، وربيعة ، وقَبِيصة ، وإسحاق . لأن كفّارة الظِّهار حقٌّ لله تعالى ، فلم تتكرّر بتـكرر سببها ، كالحدّ وعليه يخرّج الطلاق .

ولنا أنها أيمان متكررة على أعيانٍ متفرقة ، فكان لكلٍّ واحدة كفَّارة ، كما لو كفَّر ، ثم ظاهر ، ولأنها أيمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الأخرى ، فلا تكفِّرها كفَّارة واحدة كالأصل ، ولأن الظِّهار معنًى يوجب الكفَّارة ، فتتعدد الكفارة بتعدده في المحالّ المختلفة ، كالقتل ، ويفارق الحدّ ، فإنه عقوبة تُدْرأ بالشبُهات ، فأمّا إن ظاهر من زوجته مراراً ، ولم يكفّر فكفّارة واحدة ، لأن الحنثَ واحد فوجبت كفارة واحدة ، كما لو كانت اليمين واحدة .

٦١٩٤ فصل

إذا ظاهر من امرأة ، ثم قال لأخرى : أشركتُك معها ، أو أنتِ شريكتها ، أو كهى ، ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها ، بغير خلاف علمناه ، وبه يقول مالك ، والشافعيّ ، وإن أطلق صار مظاهراً أيضاً ، إذا كان عقيب مُظاهرته من الأولى ، ذكره أبو بكر ، وبه قال مالك ، قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يكون مظاهراً ، وبه قال الشافعيّ ، لأنه ليس بصريح في الظهار ، ولا نوى به الظهار ، فلم يكن ظِهاراً ، كما لو قال ذلك قبل أن يُظاهر من الأولى ، ولأنه يحتمل أنّها شريكتها في دينها ، أو في الخصومة أو في النِّكاح ، أو سوء الخُلق ، فلم تخصّص بالظهار إلا بالنيّة ، كسائر الكنايات .

ولنا : أن الشركة : والتشبيه لا بدّ أن يكون في شيء ، فوجب تعليقه بالمذكور معه ، كجواب السؤال فيما إذا قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : قد طلّقتها ، وكالعطف مع المعطوف عليه ، والصفة مع الموصوف ، وقولهم إنه كناية لم ينو بها الظهار ، قلنا : قد وجد دليل النية ، فيكتفى بها ، وقولهم : إنَّه يحتمل . قلنا : ماذكرنا من القرينة يُزيل الاحتمال وإن بقي احتمال ما كان مرجوحاً فلا يلتفت إليه ، كالاحتمال في اللفظ الصريح .

٦١٩٥ مسألة

قال : ﴿ والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، سالمة من العيوب المضرّة بالعمل ﴾ .

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

٦١٩٦ المسألة الأولى

أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق عتق رقبة ، لا يُجزئه غير ذلك ، بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ، والأصل في ذلك قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) إلى قوله : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) . وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم لأوس بن الصامت ، حين ظاهر من امرأته « يُعْتِقُ رَقَبَةً . قُلْتُ : لا يَجِدُ ، قالَ : فَيَصُومُ » . وقوله لسلمة بن صخر مثلَ ذلك . فمن وجد رقبةً يَسْتَغْنِي عنها ، أو وجد

ثمنها فاضلاً عن حاجته ، ووجدها به ، لم يُجزئه إلا الإعتاق ، لأن وجود المبدل إذا مَنَعَ الانتقال إلى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال ، كالماء ، وثمنه ، يمنع الانتقال إلى التيمّم .

٦١٩٧ المسألة الثانية

أنه لايجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة فى كفارة الظِّهار ، وسائر الـكفَّارات . هذا ظاهر المذهب . وهو قول الحسن ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى عُبَيد ، وعن أحمـد رواية ثانية : أنه يُجزىء فيما عدا كفارة القتل من الظِّهار ، وغيره ، عتقُ رقبة ذميّة . وهو قول عطاء ، والنخَعِىّ ، والثورىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، لأن الله تعـالى أطلق الرّقبة فى هذه الـكفَّارة ، فوجب أن يُجزىء ماتناوله الإطلاق .

ولنـا : ماروى معاوية بن الحـكَم قال : « كَانَتْ لِي جَارِيَةٌ فأَتَيْتُ النَّبىَّ صلى الله عليه وسلم فقلتُ علىَّ رقبة ، أَفَأُعْتِقُهَا ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَيْنَ اللهُ ؟ فقالت : فى السّماء ، فقال : من أنا ؟ فقالت : أنتَ رسـولُ الله ، فقال صلى الله عليـه وسلم : « أَعْتِقْهَا فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ » أخرجـه مسلم والنّسائىّ ، فعلّل جواز إعتاقها عن الرقبة التى عليه بأنهـا مؤمنة . فدلّ على أنه لايُجزىء عن الرقبة التى عليه إلا مُؤمنة ، ولأنه تـكفير بعتق ، فلم يُجز إلا مؤمنة ، كـكفَّارة القتل ، والمُطْلق يُحمل على المقيّد من جهة القياس ، إذا وجد المعنى فيه ، ولابُدّ من تقييده ، فإنَّا أجمعنا على أنه لايُجزىء إلا رقبة سليمة من العيوب المضرّة بالعمل ضرراً بيِّناً ، فالتقييد بالسلامة من الـكفر أولى .

٦١٩٨ المسألة الثالثة

أنه لايجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرّة بالعمل ضرراً بَيِّناً ، لأن المقصود تمليك العبد منافعه ، وتمكنه من التصرّف لنفسه ، ولا يحصُل هذا مع مايضرّ بالعمل ضرراً بَيِّناً ، فلا يُجزىء الأعمى ، لأنه لايمـكنه العمل فى أكثر الصنائع ، ولا المُقْعَدُ ، ولا المقطوع اليدين ، أو الرجلين ، لأن اليدين آلةُ البَطش ، فلا يمـكنه العمل مع فقدها ، والرِّجلان آلة المشى ، فلا يتهيّأ له كثير من العمل مع تلفهما ، والشلل كالقطع فى هذا ، ولا يجزىء المجنون جنوناً مُطبِقاً لأنه وُجِد فيه المعنيان : ذهابُ منفعة الجنس ، وحصول الضرر بالعمل . وبهذا كلّه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وحُـكى عن داود : أنه جوّز كلّ رقبة يقع عليها الاسم ، أخذاً بإطلاق اللفظ .

ولنـا أن هذا نوع كفَّارة فلم يُجزىء مايقع عليه الاسم ، كالإطعام ، فإنه لايُجزىء أن يُطعم مُسَوِّساً ولا عَفِناً ، وإن كان يُسمَّى طعاماً ، والآية مقيَّدة بما ذكرناه .

٦١٩٩ فصـــل

ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل ، ولا أشلّها ، ولا مقطوع إبهام اليد ، أو سبّابتها ، أو الوُسْطَى ، لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ، ولا يُجزىء مقطوع الخنصر ، والبِنْصر من يد واحدة ، لأن نفع اليدين يزول أكثره بذلك ، وإن قُطعت كلّ واحدةٍ من يدٍ جاز ، لأن نفع الكفّين باقٍ ، وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها ، فإنّ نفعها يذهب بذلك ، لكونها أنملتين ، وإن كان من غير الإبهام لم يمنع ، لأن منفعتها لاتذهب ، فإنّها تصير كالأصابع القِصَار ، حتّى لو كانت أصابعه كلّها غيرُ الإبهام قد قُطعت من كلّ واحدةٍ منها أنملة لم يمنع ، وإن قطع من الإصبع أنملتان فهو كقطعها ، لأنه يَذْهَبُ بمنفعتها ، وهذا جميعه مذهبُ الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : يُجزىء مقطوع إحدى اليدين ، أو إحدى الرجلين ، ولو قُطعت يدهُ ورجلُه جميعاً من خِلَافٍ أجزأت ، لأن منفعة الجنس باقية ، فأجزأت فى الكفّارة كالأعور . فأمَّا إن قُطِعَتا من وفاق أىّ من جانب واحد ، لم يجزىء ، لأن منفعة المشىء تذهبُ .

ولنا : أن هذا يؤثّر فى العمل ، ويضرّ ضرراً بيّناً ، فوجب أن يمنع إجزاءها ، كالو قطعتا من وفاق ويخالف العَوَر : فإنه لايضرّ ضرراً بيّناً ، والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس ، فإنه لو ذهب شمُّه ، أو قُطعت أذناه معاً أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس . ولا يُجزىء الأعرج إذا كان عَرَجاً كثيراً ، فاحشاً ، لأنه يضرّ بالعمل ، فهو كقطع الرِّجل ، وإن كان عرجاً كثيراً لايمنع الأخرى لأنه قليل الضرر .

٦٢٠٠ فصـــل

ويجزىء الأعور فى قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر : فيه قول آخر : لايجزىء ، لأنه نقص يمنع التضحية والإجزاء فى الهدى . فأشبه العمى ، والصحيح ماذكرناه . فإنّ المقصود تكميل الأحكام ، وتمليك العبد المنافع ، والعور لايمنع ذلك ، ولأنه لايضرّ بالعمل . فأشبه قطع إحدى الأذنين . ويفارق العمى ، فإنه يضرّ بالعمل ضرراً بيّناً ، ويمنع كثيراً من الصنائع ، ويذهب بمنفعة الجنس ، ويُفارق قطع إحدى اليدين والرجلين ، فإنه لا يعمل بإحداها مايعمل بهما ، والأعور يُدرك بإحدى العينين مايدرك بهما . وأما الأضحية والهدى فإنّه لايمنع منهما مجرّد العَوَر ، وإنما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب ، ولأن الأضحية يمنع فيها قطع الأذن ، والقَرْن ، والعتقُ لايمنع فيه إلا مايضرّ بالعمل ، ويُجزىء المقطوع الأذنين . وبذلك قال أبو حنيفة ، والشافعيّ . وقال مالك ، وزفر : لايُجزىء ، لأنهما عضوان فيهما الديةُ أشبها اليدين .

ولنا : أن قطعهما لايضرّ بالعمل الضرر البيّن ، فلم يمنع ، كنقص السمع ، بخلاف قطع اليدين . ويُجزىء مقطوع الأنف لذلك ، ويُجزىء الأصمّ إذا فَهِم بالإشارة . ويُجزىء الأخرسُ إذا فُهِمَتْ إشارته وفَهِم بالإشارة . وهذا مذهبُ الشافعيّ ، وأبى ثور . وقال أصحاب الرأى : لايجزىء ، لأن منفعة الجنس

ذاهبةٌ . فأشبه زائل العقل ، وهذا المنصوص عليه عن أحمد ، لأن الخرس نقص كثير ، يمنع كثيراً من الأحكام ، مثل القضاء ، والشهادة ، وأكثر الناس لا يفهم إشارته ، فيتضرر فى ترك استعماله . وإن اجتمع الخرس ، والصمم . فقال القاضى : لا يُجزىء ، وهو قول بعض الشافعيَّة . لاجتماع النقصين فيه ، وذهاب منفعتى الجنس ، ووجه الإجزاء أن الإشارة تقوم مقام الكلام فى الإفهام ، ويثبت فى حقّه أكثر الأحكام ، فيُجزىء فى العِتق ، كالذى ذهب شمُّه ، فأما الذى ذهب شمّه فيُجزىء ، لأنه لا يضرّ بالعمل ، ولا بغيره .

فأمّا المريض : فإن كان مرجُوَّ البُرء ، كالحمَّى ، وما أشبهها أجزأ فى الكفَّارة ، وإن كان غير مرجوّ الزوال كالسلّ ، ونحوه ، لم يجزىء ، لأن زواله يندر ، ولا يتمكّن من العمل مع بقائه ، وأما نِضْوُ الخَلْقِ[1] : فإن كان يتمكّن معه من العمل أجزأ ، وإلاَّ فلا ، ويُجزىء الأحمق ، وهو الذى يُخطىء على بَصِيرةٍ ، ويصنع الأشياء لغير فائدة ، ويرى الخطأ صواباً ، ومن يُخْنَقُ فى الأحيان . والخَصِىُّ والمجبوب والرتقاء ، والكَبِيرُ الذى يقدِرُ على العمل ، لأن مالا يضرّ بالعمل لا يمنع تمليك العبد منافعه ، وتكميل أحكامه ، فيحصُل الإجزاء به ، كالسالم من العيوب .

٦٢٠١ فصـــل

ويُجزىء عتق الجانى ، والمرهون ، وعتق المفلس عبده ، إذا قلنا بصحّة عتقهم ، وعتق المدبّر ، والخَصِىّ ، وولد الزنا ، لكمال العتق فيهم .

٦٢٠٢ فصـــل

ولا يُجزىء عتق المغصوب لأنه لا يقدر على تمكينه من منافعه ، ولا غائب غيبةً منقطعةً لا يعلم خبره لأنه لا يُعلم حياته ، فلا يُعلم صحّة عتقه ، وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه ، لأنه عتق صحيح ، ولا يجزىء عتق الحمل ، لأنّه لم تثبت له أحكام الدنيا ، ولذلك لم تجب فطرته ، ولا يتيقّن أيضاً وجودُه وحياته ، ولا عتق أمّ الولد ، لأن عتقها مستحقّ بسببٍ غير الكفَّارة ، والملكُ فيها غير كاملٍ ، ولهذا لا يجوز بيعها ، وقال طاوس ، والبتىّ : يجزىء عتقها ، لأنه عتق صحيح ، ولا يُجزىء عتق مكاتَب أدَّى من كتابته شيئاً ، وسنذكر هذا فى الكفَّارات ، إن شاء الله تعالى .

٦٢٠٣ مسألة

قال : ﴿ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد رقبةً أنّ فرضه صيامُ شهرين متتابعين ، وذلك لقول الله

(١) نضو الخلق : المهزول الذى أعضاؤه نحيفه هزيلة أو المهزول خلقة .

تعالى : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) وحديث أوس بن الصامت وسلمة ابن صخر ، وأجمعوا على أن من وَجَد رقبةً فاضلةً عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام ، وإن كانت له رقبةٌ يحتاج إلى خِدمتها لزَمَنٍ ، أو كِبَرٍ ، أوعِظَم خَلْقٍ ، ونحوه ممايُعجزه عن خِدْمةِ نَفْسِه ، أو يكون ممن لايخدم نفسه فى العادة ، ولا يجد رقبةً فاضلةً عن خدمته فليس عليه الإعتاق ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفه ، ومالك ، والأوزاعىّ : متى وجد رقبــةً لزمه إعتاقها ، ولم يجُز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجاً إليها ، أو لم يكن ، لأن الله تعالى شرط فى الانتقال إلى الصيام أن لايجد رقبةً بقوله : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ) وهذا واجد ، وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يلزمه ، لأنّ وُجدان ثمنها كوُجدانها .

ولنــا : أن مااستغرقته حاجةُ الإنسان فهو كالمعــدوم فى جواز الانتقال إلى البدل ، كمن وجــد ماءً يحتاج إليه للعطش ، يجوز له الانتقــال إلى التيمّم . وإن كان له خادم ، وهو ممّن يخدُم نفســه عادةً لزمه إعتاقها ، لأنه فاضلٌ عن حاجته ، بخلاف من لم تجرِ عادتُه بخدمة نفسه ، فإنّ عليــه مشقّةً فى إعتــاق خادمه ، وتضييعاً لــكثير من حوائجه ، وإن كان له خادم يخــدُم امرأته ، وهى ممّن عليــه إخدامُهــا ، أو كان له رقيق يتقوّت بخراجهم ، أو دارٌ يسكنها ، أو عقارٌ يحتاج إلى غَلّته لمؤنته ، أو عَرْض للتجّارة لايستغنى عن ربحه فى مؤنته ، لم يلزمــه العتق ، وإن استغنى عن شىء من ذلك ممــا يمــكنه أن يشترى به رقبةً لزمه ، لأنه واجد للرقبة ، وإن كانت له رقبة تخدُمه يمــكنه بيعهــا وشراء رقبتين بثمنهــا ، يستغنى بخدمة إحــداهما ، ويُعتق الأخرى لزمه ، لأنه لاضرر فى ذلك . وهــكذا لو كانت له ثيابٌ فاخرة تزيدُ على ملابس مثله ، يمــكنه بيعُها ، وشراء مايــكفيه فى لباسه ، ورقبةً لزمه ذلك ، وإن كانت له دار يمــكنه بيعُها ، وشراء مايــكفيه لسُــكنى مثله ، ورقبةٍ أو ضَيْعَةٌ يَفضُل منها عن كفايته مايمــكنه شراء رقبةٍ لزمه ، ويراعى فى ذلك الــكفاية التى يحرُم معهــا أخذُ الزكاة ، فإذا فضــل عن ذلك شىء وجبت فيه الــكفّارة ، ومذهب الشافعىّ فى هذا الفصل جميعه على نحوٍ ممّا قلنا ، وإن كانت له سَرِيّة لم يلزمه إعتاقُها، لأنه يحتاج إليها ، وإن أمــكنه بيعُها وشراء سَرِيّة أخرى ، ورقبةٍ يُعتقها لم يلزمه ذلك ، لأن الغرض قد يتعلّق بعينها ، فلا يقوم غيرُها مقامها ، سيّما إذا كان بدون ثمنها .

٦٢٠٤ فصــــل

فإن كان موسراً حين وجوب الــكفّارة إلا أن ماله غائب ، فإن كان مرجُوّاً الحضور قريباً لم يَجُز الانتقــال إلى الصيام ، لأنّ ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة ، وإن كان بعيداً لم يَجُز الانتقال إلى الصيــام فى غير كفّارة الظهار ، لأنه لاضرر فى الانتظار ، وهل يجوز ذلك فى كفّارة الظّهــار ؟ فيه وجهــان :

(أحدها) لايجوز ، لوجود الأصل فى ماله . فأشبه سائر الكفّارات .

(والثانى) يجوز ، لأنه يحرُم عليه المَسِيس ، فجاز له الانتقال لموضع الحاجة ، فإن قيل : فلو عدم الماء ، وثمنه جاز له الانتقال إلى التيمّم ، وإن كان قادراً عليهما فى بلده . قلنا : الطّهارة تجب لأجل الصلاة ، وليس له تأخيرها عن وقتها ، فدعت الحاجة إلى الانتقال ، بخلاف مسألتنا : ولأننا لو منعناه من التيمّم لوجود القدرة فى بلده بطلت رُخصة التيمُّم ، فإن كلّ أحدٍ يقدر على ذلك .

٦٢٠٥ فصـــل

وإن وجد ثمن الرقبة ، ولم يجد رقبةً يشتريها ، فله الانتقال إلى الصيام ، كما لو وجد ثمن الماء ، ولم يجد مايشتريه ، وإن وجد رقبةً تباع بزيادة على ثمن المثل تُجْحِفُ بماله لم يلزمه شراؤها ، لأن فيه ضرراً ، وإن كانت لاتُجْحِف بماله احتمل وجهين :

(أحدهما) يلزمه ، لأنه قادر على الرقبة بثمن يقدر عليه لايُجْحِف به ، فأشبه مالو بيعتْ بثمن مثلها .

(والثانى) لايلزمه ، لأنه لم يجد رقبةً بثمن مثلها ، أشبه العادم ، وأصل الوجهين العادمُ الماء إذا وجده بزيادة على ثمن مثله ، فإن وجد رقبةً بثمن مثلها ، إلا أنَّها رقبة رفيعة ، يمكن أن يشترىَ بثمنها رقاباً من غير جنسها ، لزمه شراؤها ، لأنها بثمن مثلها ولا يُعَدّ شراؤها بذلك الثمن ضرراً ، وإنما الضرر فى إعتاقها ، وذلك لايمنع الوجوب ، كما لو كان مالكاً لها .

٦٢٠٦ مسألة

قال ﴿ فإن أفطر فيها من عذر بنَى ، وإن أفطر من غير عذر ابتدأ ﴾ أجمع أهل العلم على وجوب التتابُع فى الصيام فى كفّارة الظهار . وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ، ثم قطعه لغير عذر ، وأفطر ، أنّ عليه استئناف الشهرين ، وإنما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنّة به . ومعنى التتابع : الموالاةُ بين صيام أيامهما ، فلا يُفطر فيها ، ولا يصوم عن غير الكفّارة ، ولا يفتقر التتابُع إلى نيّةٍ ، ويكفى فعله ، لأنه شرط ، وشرائط العبادات لاتحتاج إلى نيّة ، وإنما تجب النيّة لأفعالها ، وهذا أحد الوجوه . لأصحاب الشافعىّ ، والوجه الآخر : أنَّها واجبة لكلّ ليلةٍ ، لأن ضمّ العبادة إلى العبادة إذا كان شرطاً وجبت النيّة فيه ، كالجمع بين الصلاتين ، والثالث تكفى نيّة التتابُع فى الليلة الأولى .

ولنا : أنه تتابع واجب فى العبادة ، فلم يفتقر إلى نيّة ، كالمتابعة بين الرّكعات ، ويُفارق الجمع بين الصلاتين ، فإن ذلك رُخْصَةٌ فافتقر إلى نيّة الترخُّص ، وماذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات ، وأجمع

أهلُ العلم على أن الصائمة متتابعاً إذا حاضتْ قبلَ إتمامه تقضى إذا طهُرت ، وتبنى ، وذلك لأن الحيض لا يمكنُ التحرّز منه فى الشهرين ، إلا بتأخيره إلى الإياس ، وفيه تغرير بالصوم ، لأنها ربّما ماتت قبله ، والنفاسُ كالحيض فى أنه لا يَقْطَعُ التتابع فى أحــد الوجهين ، لأنه بمنزلته فى أحكامه ، ولأن الفطر لا يحصُل فيهما بفعلها ، وإنما ذلك الزمان كزمان الليل فى حقّهما .

(والوجه الثانى) أن النفاس يقطع التتـابع ، لأنه فطر أمـكن التحرُّز منه ، لا يتـكرّر كلّ عام ، فقطع التتابع ، كالفطر لغير عذر ، ولا يصحّ قياسه على الحيض ، لأنه أندر منه ، ويمـكن التحرّز عنه .

وإن أفطر لمرض مخوف لم ينقطع التتابُع أيضاً ، رُوى ذلك عن ابن عبـاس ، وبه قال ابن المسيّب ، والحسن ، وعطاء ، والشعبىّ ، وطاوس ، ومجاهد ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، والشافعىّ فى القديم ، وقال فى الجديد : ينقطع التتابع . وهذا قول سعيد بن جُبَير ، والنخَعِىّ ، والحـكم ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، لأنه أفطر بفعله ، فلزمه الاستئناف ، كما لو أفطر لسفر .

ولنا : أنه أفطر لسبب لا صُنع له فيه ، فلم يقطع التتابع ، كإفطار المرأة للحيض ، وماذكروه من الأصل ممنوع . وإن كان المرض غير مخوف ، لـكنّه يُبيح الفطر ، فقال أبو الخطاب : فيه وجهان :

(أحدهما) لا يقطع التتابع ، لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف .

(والثـانى) يقطع التتابع ، لأنه أفطر اختياراً ، فانقطع التتـابع ، كما لو أفطر لغير عذر ، فأما الحامل ، والمرضع ، فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما ، فهما كالمريض ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهمـا ففيهما وجهـان .

(أحدهما) لا ينقطع التتابُع . اختاره أبو الخطاب ، لأنه فطر أُبيحَ لهما بسببٍ لا يتعلّق باختيارهما ، فلم ينقطع التتابع ، كما لو أفطرتا خوفاً على أنفسهما .

(الثانى) ينقطع ، لأن الخوف على غيرها ، ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء ، وإن أفطر لجنون ، أو إغماء ، لم ينقطع التتابُـع ، لأنه عذر لا صُنع له فيه ، فهو كالحيض .

٦٢٠٧ **فصــــل**

وإن أفطر لسفر مُبيح للفطر ، فـكلام أحمد يحتملُ الأمرين وأظهرها أنه لا يقطع التتابع ، فإنه قال فى رواية الأثرم : كان السفر غيرَ المرض . وما ينبغى أن يـكون أوكدَ من رَمضان ، وظاهر هذا أنه لا يقطع التتابع ، وهذا قول الحسن ، ويحتمل أن ينقطع به التتابع ، وهو قول مالك ، وأصحاب الرأى ، واختلف أصحاب الشافعىّ ، فمنهم من قال : فيه قولان ، كالمرض ، ومنهم من يقول : ينقطع التتابع وجهاً واحداً ، لأن السفر يحصُل باختياره ، فقطع التتابع ، كما لو أفطر لغير عذر .

ووجه الأول : أنه فطر لعذر مبيح فقط ، فلم ينقطع به التتابع ، كإفطار المرأة بالحيض ، وفارق الفطر لغير عذر ، فإنه لايُباح ، وإن أكل يظنُّ أن الفجر لم يطلع ، وقد كان طلع ، أو أفطر يظنُّ أن الشمس قد غابت ، ولم تغب أفطر . ويتخرّج فى انقطاع التتابع وجهان :

(أحدهما) لا ينقطع ، لأنه فطر لعذر .

(والثانى) يقطع التتابع ، لأنه بفعل أخطأ فيه فأشبه ما لو ظنّ أنه قد أتمّ الشهرين ، فبان خلافه ، وإن أفطر ناسياً لوجوب التتابع ، أو جاهلاً به ، أو ظنًّا منه أنّه قد أتمّ الشهرين انقطع التتابع ، لأنه أفطر لجهله فقطع التتابُع ، كما لو ظنّ أن الواجب شهرٌ واحد ، وإن أُكره على الأكل ، أو الشرب ، بأن أُوجِرَ[1] الطعام ، أو الشراب لم يُفطر . وإن أكل خوفاً ، فقال القاضى : لايفطر ، ولم يذكر غير ذلك . وفيه وجه آخر : أنه يُفطر ، فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لايقطعه ؛ لأنه عذر مبيح للفطر ، فأشبه المرض .

(والثانى) يقطع التتابع ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأنه أفطر بفعله لعذر نادر .

٦٢٠٨ فصـــل

وإن أفطر فى أثناء الشهرين لغير عذر ، أو قطع التتابع بصوم نذر ، أوقضاء ، أو تطوّع ، أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين ، لأنه أخلّ بالتتابع المشروط ، ويقع صومه عمّا نواه ، لأن هذا الزمان ليس بمستحقّ متعيّن للكفارة ولهذا يجوز صومها فى غيره ، بخلاف شهر رمضان ، فإنه متعيّن ، لا يصلح لغيره وإذا كان عليه صوم نذر غير مُعيَّن أخّره إلى فراغه من الكفارة ، وإن كان متعيِّناً فى وقت بعينه أخّر الكفارة عنه ، أو قدّمها عليه ، إن أمكن ، وإن كان أياماً من كلّ شهر ، كيوم الخميس ، أو أيّام البيضِ قدّم الكفارة عليه ، وقضاه بعدها ، لأنه لو وفّى بنذره لانقطع التتابُع ، ولزمه الاستئناف ، فيُفضى إلى أن لايتمكّن من التكفير ، والنذر يُمكن قضاؤه ، فيكون هذا عُذراً فى تأخيره كالمرض .

٦٢٠٩ مسألة

قال : ﴿ وإن أصابها فى ليالى الصوم أفسد مامضى من صيامه ، وابتدأ الشهرين ﴾ .

وبهذا قال مالك ، والثورىّ ، وأبو عُبَيد ، وأصحاب الرأى ، لأن الله تعالى قال : (فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) فأمر بهما خاليَيْنِ عن وطء ، ولم يأت بهما على ماأمر ، فلم يُجزئه ، كما لو وطىء نهاراً ، ولأنه تحريم للوطء لايختصّ النهار ، فاستوى فيه الليل ، والنهار كالاعتكاف ، وروى الأثرم عن أحمد : أن التتابُع لاينقطع بهذا ، ويبنى . وهو مذهب الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ،

(١) أوجر الطعام : وضع الطعام أو الشراب فى فمه كرها عنه .

لأنه وطء لايُبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف ، كوطء غيرها ، ولأن التتابع فى الصيام عبارة عن إتباع صوم يوم للذى قبله ، من غير فارق ، وهـذا متحقّق ، وإن وطئ ليلاً ، وارتـكاب النهى فى الوطء قبل إتمامه إذا لم يُخلّ بالتتابع المشترط لايمنع صحّته ، وإجزاءه كما لو وطئ قبل الشهرين ، أو وطئ ليلة أول الشهرين ، وأصبح صائماً ، والإتيان بالصيام قبل التماسِّ فى حقّ هـذا لاسبيل إليه ، سواء بَنى ، أو استأنف .

وإن وطئها أو وطئ غيرها فى نهار الشهرين عامداً أفطر ، وانقطع التتابعُ إجماعاً ، إذا كان غير معذور ، وإن وطئها ، أو وطئ غيرها نهاراً ناسياً أفطر ، وانقطع التتابع فى إحدى الروايتين ، لأن الوطء لايُعذر فيه بالنسيان ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه لايُفطر ، ولا ينقطع التتابع . وهو قول الشافعىّ وأبى ثور ، وابن المنـذر ، لأنه فعل المفطر ناسياً . أشبه مالو أكل ناسياً ، وإن أبيـح له الفطر لعذر ، فوطئ غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع ، لأن الوطء لاأثر له فى قطع التتابع . وإن وطئها كان كوطئها ليلاً هل ينقطع التتابع ؟ على وجهين ، وإن وطئ غيرها ليلاً لم ينقطع التتابع ، لأن ذلك ليس بمحرّم عليه ، ولا هو مُخلّ بإتباع الصوم الصومَ فلم ينقطع التتابع ، كالأكل ليلاً ، وليس فى هذا اختلاف نعلمه ، وإن لمس المُظاهَرَ منها ، أو باشرها ، دون الفرج ، على وجه يُفطر به قطع التتابُع ، لإخلاله بموالاة الصيام وإلاّ فلا ينقطع ، والله أعلم .

٦٢١٠ مسألة

قال : ﴿ فإن لم يستطع فإطعام ستّين مسكيناً ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن المظاهِر إذا لم يجد الرقبة ، ولم يستطع الصيام أنّ فرضه إطعام ستّين مسكيناً ، على ماأمر الله تعالى فى كتابه ، وجاء فى سنّة نبيّه صلى الله عليه وسلم ، سواء عجز عن الصيام لـكبر ، أو مرض يُخاف بالصوم تباطؤه ، أوالزيادة فيه ، أوالشَّبَقُ ، فلا يصبر فيه عن الجماع ، فإن أوس بن الصامت لمّا أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصيام قالت امرأته : « يَارَسُولَ اللهِ إنَّه شَيْخٌ كَبِيرٌ مَابِهِ مِنْ صِيَامٍ ، قالَ : فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً » . ولمّا أمرَ سَلَمَةَ بن صَخْرٍ بالصِّيام قال : «وَهَلْ أَصَبْتُ الذى أَصَبْتُ إلاَّ مِنَ الصِّيام » ؟ قال : « فَأَطْعِمْ » فنقله إلى الإطعام لمّا أخبر أنَّ به من الشَّبَقِ والشَّهْوَةِ مايمنعه من الصيام ، وقسنا على هذين مايشبههما فى معناها ، ويجوز أن ينتقل إلى الإطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وإن كان مرجُوّ الزوال لدخوله فى قوله سبحانه وتعالى : (فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِـعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْـكِيناً) ولأنه لايعـلم أن له نهايةً ، فأشبه الشَّبَق . ولا يجوز أن ينتقل لأجل السفر ، لأن السفر لايُعجزه عن الصِّيام ، وله نهاية ينتهى إليها ، وهو من أفعاله الاختياريّة ، والواجب فى الإطعام إطعامُ ستّين مسكيناً لايُجزئه أقلّ من ذلك ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لو أطعم مسكيناً واحداً فى ستّين يوماً

أجزأه ، وحكاه القاضى أبو الحسين روايةً عن أحمد ، لأن هذا المسكين لم يستوف قوتَ يومه من هذه الكفّارة ، فجاز أن يُعْطَى منها كاليوم الأول .

ولنا : قول الله تعالى : (فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً) وهذا لم يُطعم إلاّ واحداً ، فلم يمتثل الأمر ولأنه لم يُطعم ستين مسكيناً ، فلم يجزئه ، كالو دفعها إليه فى يوم واحد . ولأنه لو جاز الدفع إليه فى أيام لجاز فى يوم واحدٍ ، كالزكاة ، وصدقةِ الفطر ، يُحقق هذا أن الله أمر بعدد المساكين ، لا بعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين . والمعنى فى اليوم الأول : أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة ، وفى اليوم الثانى قد استوفى حقه منها ، وأخذ منها قوتَ يومٍ ، فلم يجُز أن يُدفع إليه فى اليوم الثانى ، كالو أوصى إنسان بشيء لستّين مسكيناً .

٦٢١١ مسألة

قال : ﴿ لكلّ مسكين مدّ من بُرّ ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعير ﴾ .

وجملة الأمر : أن قدر الطعام فى الكفّارات كلّها مُدّ من بُرّ ، لكلّ مسكين ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعير ، وممّن قال مدّ بُرّ : زيد بن ثابت ، وابن عباس ، وابن عمر حكاه عنهم الإمام أحمد . ورواه عنهم الأثرم ، وعن عطاء ، وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يَسار : أدركتُ الناسَ إذا أعطوا فى كفّارة اليمين مدًّا من حنطة بالمدّ الأصغر مُدّ النبيّ ﷺ ، وقال أبو هريرة : يُطعم مدًّا من أىّ الأنواع كان : وبهذا قال عطاء ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ لما رَوى أبو داود بإسناده ، عن عطاء ، عن أوس بن أخى عُبادة بن الصامت : « أنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم أَعْطَاهُ ـ يعنى المظاهر ـ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِيناً » . وروى الأثرم بإسناده ، عن أبى هريرة فى حديث المجامع فى رمضان : « أنَّ النبى ﷺ أُتى بِعَرَقٍ فيه خَمْسَةَ عَشَر صاعاً ، فقال : خُذْهُ وتَصَدَّقْ بِهِ » وإذا ثبت فى المجامع بالخبر ثبت فى المظاهر بالقياس عليه ، ولأنه إطعام واجب ، فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة وفدية الأذى ، وقال مالك : لكل مسكين مُدّان من جميع الأنواع ، وممّن قال مدّان من قَمْحٍ : مُجاهد، وعِكْرِمَةُ والشعبىّ ، والنخَعِىّ ، لأنها كفارة تشتمل على صيام ، وإطعام ، فكان لكلّ مسكين نصفُ صاع كفدية الأذى ، وقال الثورىّ : وأصحاب الرأى من القمح مدّان ، ومن التمر والشعير صاع لكلّ مسكين ، لقول النبىّ ﷺ فى حديث سَلَمَةَ بن صَخْر : « فَأَطْعِمْ وَسقاً مِنْ تَمْرٍ » رواه الإمام أحمد فى المسند ، وأبو داود ، وغيرهما ، وروى الخلال بإسناده ، عن يوسف بن عبد الله بن سَلاَمٍ ، عن خُوَيْلَةَ ، فقال لِيَ رسول الله ﷺ : « فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً ، وَسقاً مِنْ تَمْرٍ » . وفى رواية أبى داود : « وَالْعَرَقُ سِتُّونَ صَاعاً » . ورَوى ابن ماجه بإسناده ، عن ابن عباس قال : « كفَّرَ رَسولُ اللهِ ﷺ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ وَأَمَرَ النَّاسَ : فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فنصِفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . وروى

وروى الأثرم بإسناده عن عمر رضى الله عنه قال : « أَطْعِمْ عَنِّى صَاعاً مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . ولأنه إطعـام المسـاكين ، فـكان صاعاً من التمر ، والشعير ، أو نصف صاع من برّ كصدقة الفطر .

ولنا : ماروى الإمام أحمد : حدثنا إسماعيلُ ، حدّثنا أيّوبُ عن أبى يزيد المـدنىّ ، قال : « جاءت امرأةٌ من بنى بَيَاضَةَ بِنِصْفِ وَسْقِ شَعِير ، فقال النبىُّ ﷺ للمظاهر : أَطْعِمْ هَـذَا ، فإنّ مدّى شعيرٍ مكان مُدِّ بُرٍّ » وهذا نصّ ، ويدلّ على أنه مدبُرّ : أنه قول زيد ، وابن عبّاس وابن عمر ، وأبى هريرة ولم نعرف لهم فى الصحابة مخالفاً ، فـكان إجماعاً ، وعلى أنه نصف صاع من التمر ، والشعير ماروى عطاء ابن يَسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لِخَوْلَةَ امْرَأَةِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ : « اذْهَـبِى إِلَى فلان الأنْصَارِيّ فإنّ عنده شطر وَسْقٍ من تمر ، أخبرنى أنّه يُريد أن يتصدّق به ، فلتأخذيه ، فليتصدّق به على ستِّين مِسْـكِيناً » . وفى حـديث أوس بن الصامت : أنّ النبىّ ﷺ قال : « إِنِّى سَأُعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ . قلت : يارسول الله ، فإنّى سَأُعِينُهُ بِعَرَقٍ آخر . قال : لَقَدْ أَحْسَنْتِ ، اذْهَـبِى فَأَطْعِمِى بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْـكِيناً ، وارْجِعِى إِلَى ابْنِ عَمِّكَ » وروى أبو داود بإسناده ، عن أبى سَلَمَةَ بن عَبْدِ الرَّحمن أنه قال : « الْعَرَقُ زِنْبِيلٌ يَأْخُذُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً » فعَرَقان يكونان ثلاثين صاعاً ، لـكلّ مسكين نصفُ صاعٍ ، ولأنها كفّارة تشتمل على صيام ، وإطعام ، فـكان لـكلّ مِسْـكِين نصفُ صَاعٍ مِنَ التمر ، والشّعير كفِدْية الأذى . فأمّا رواية أبى داود : « أنّ الْعَرَق ستُّونَ صَاعاً » فقد ضعّفها ، وقال : غيرُها أصحُّ منها . وفى الحديث مايدلّ على الضعف . لأنّ ذلك فى سياق قوله : « إِنِّى سأُعِينُه بِعَرَقٍ ، فقـالت امرأتُه : إِنِّى سأُعِينُهُ بِعَرَقٍ آخر ، قال : فَأَطْعِمِى بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْـكِيناً » . فلو كان العرق ستِّين صاعاً ، لـكانت الـكفّارة مائةً وعشرين صاعاً ، ولا قائل به .

وأما حديث المجامع الذى أعطاه خمسة عشر صاعاً ، فقال : « تَصَدَّق بِهِ » فيحتمل أنه اقتصر عليـه إذ لم يجد سواه ، ولذلك لمـّا أخبره بحاجته إليه أمره بأكله . وفى الحديث المتفق عليـه : « قَرِيبٌ مِنْ عِشْرِينَ صَاعاً » . وليس ذلك مذهباً لأحـمـد ، فيدلّ على أنه اقتصر على البعض الذى لم يجـد سواه . وحديث أوس بن أخى عُبَادَة مرسلٌ ، يرويه عنه عطاء ، ولم يدركه ، على أنه حُجّة لنا ، لأن النبى ﷺ أعطاه عَرَقاً ، وأعانَتْهُ امرأته بآخر ، فصارا جميعاً ثلاثين صاعاً ، وسائر الأخبار نجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز ، وأخبارنا على الإجزاء . وقد عَضَدَ هذا أن ابن عبـاس راوى بعضها ، ومذهبه أنّ المدّ من البُرِّ يجزىء ، وكذلك أبو هريرة ، وسائر ماذكرنا من الأخبار مع الإجماع الذى نقله سُليمان بن يَسار ، والله أعلم .

٦٢١٢ فصـــــل

وبقى الـكلام فى الإطعـام فى أمور ثلاث : كيفيته ، وجنس الطعام ، ومستحقه . فأمّا كيفيته : فظاهر المذهب أن الواجب تمليك كلّ إنسان من المساكين القدر الواجب له عن الـكفّارة ، ولو غـدّى المساكين ، أو عشّاهم لم يجزئه ، سواء فعل ذلك بالقدر الواجب ، أو أقلّ ، أو أكثر ، ولو غـدّى كلّ واحدٍ بمدّ لم يجزئه إلاّ أن يملّـكه إيّاه . وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم ، وهو قول النخعىّ ، وأبى حَنيفة ، وأطعم أنس فى فدية الصيام . قال أحمد أطْعَمَ شَيْئاً كَثِيراً وصَنَعَ الجِفَانَ . وذكر حديث حمّاد بن سلَمة ، عن ثابت ، عن أنس ، وذلك لقول الله تعالى : (فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً) وهـذا قد أطعمهم . فينبغى أن يجزئه ، ولأنه أطعم المساكين ، فأجزأه كما لو ملّـكهم .

ولنا : أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم ، ففى قول زيد ، وابن عبّاس ، وابن عمر ، وأبى هريرة مدّ لـكلّ فقير . وقال النبىّ ﷺ لـكعب فى فدية الأذى «أَطْعِمْ ثَلَاثَةَ آصُعٍ مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتَّةِ مَساكِينَ» ولأنه مال وجب للفقراء شرعاً ، فوجب تمليـكهم إيّاه ، كالزكاة . فإن قلنا : يجزىء اشترط أن يُغدّيهم بستّين مدًّا فصاعداً ، ليكون قد أطعمهم قدر الواجب . وإن قلنا : لايجزئه أن يغدّيهم فقدّم إليهم ستّين مُدًّا ، وقال : هذا بينكم بالسويّة ، فقبلوه أجزأ ، لأنه ملّـكهم التصرّف فيه ، والانتفاع قبـل القسمة . وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ .

وقال أبو عبد الله بن حامد : يجزئه ، وإن لم يقل بالسـويّة ، لأنّ قوله : خذوها عن كفّارتى يقتضى التسوية . لأن ذلك حكمها . وقال القاضى : إن علم أنه وصل إلى كلّ واحد قدرُ حقّه أجزأ ، وإن لم يعلم لم يجزئه . لأنّ الأصلَ شغلَ ذمّته ، مالم يعلم وصول الحقّ إلى مستَحِقّه . ووجه الأول أنه دفع الحقّ إلى مستَحِقّه مُشاعاً فقبلوه ، فبرىء منه ، كديون غُرمائه .

٦٢١٣ فصـــــل

ولا يجب التتابع فى الإطعام نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم . وقيل له : تكون عليه كفّارة يمين ، فيطعم اليوم واحداً ، وآخرَ بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشَرَةً ؟ فلم ير بذلك بأساً . وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ، ولو وطىء فى أثناء الإطعام لم تلزمه إعادة مامضى منه . وبه قال أبو حنيفة والشافعىّ ، وقال مالك : يستأنف لأنه وطىء فى أثناء كفّارة الظِّهار فوجب الاستئناف كالصيام .

ولنا : أنه وطىء فى أثناء مالا يشترط التتابع فيه ، فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهرَ منها ، أو كالوطء فى كفّارة اليمين ، وبهذا فارق الصيام .

٦٢١٤ مسألة

قال ﴿ ولو أعطى مِسْكيناً مدَّيْنِ من كفَّارتَيْن فى يوم واحدٍ أجزأ فى إحدى الروايتين ﴾ .

وهذا مذهب الشافعىّ ، لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب ، فأجزأ كما لو دفع إليه المدين فى يومين . والأخرى : لا يُجزئه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه استوفى قوت يوم من كفّارة ، فلم يُجزئه الدفع إليه ثانياً فى يومه ، كما لو دفعهما إليه من كفّارة واحدة . فعلى هذه الرواية يُجزئه عن إحدى الكفّارتين ، وهل له الرجوع فى الأخرى ؟ ينظرُ ، فإذا كان أعلمه أنّها عن كفّارة فله الرجوع ، وإلاّ فلا ، ويتخرّج أن لا يرجع بشىء على ما ذكرناه فى الزكاة . والرواية الأولى أقيسُ ، وأصحّ ، فإنّ اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الأيّام ، ولو دفع إليه ذلك فى يومين أجزأ ، ولأنّه لو كان الدافع اثنين أجزأ عنهما ، فكذلك إذا كان الدافع واحداً ، ولو دفع ستّين مُدّاً إلى ثلاثين فقيراً من كفّارة واحدة أجزأه من ذلك ثلاثون ، ويُطعِم ثلاثين آخرين ، وإن دفع الستّين من كفّارتين أجزأه ذلك ، على إحدى الروايتين ، ويُجزىء فى الأخرى عن الثلاثين .

(الأمر الثانى) أن المجزىء فى الإطعام ما يُجزىء فى الفِطرة ، وهو البرُّ ، والشعير ، والتمر ، والزبيب ، سواء كانت قوتَه ، أو لم تكن ، وما عداها فقال القاضى : لا يُجزىء إخراجُه ، سواء كان قوت بلده ، أو لم يكن ، لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف ، على ما جاء فى الأحاديث التى رويناها ، ولأنه الجنس المخرج فى الفِطرة . فلم يُجزىء غيرُه ، كما لو لم يكن قوت بلده ، وقال أبو الخطّاب : عندى أنه يُجزئه الإخرج من جميع الحبوب التى هى قوت بلده ، كالذرة ، والدُّخْنِ ، والأرز ، لأن الله تعالى قال (مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ) وهذا مما يُطعمه أهلَه ، فوجب أن يُجزئه بظاهر النصّ . وهذا مذهب الشافعىّ فإن أخرج غير قوت بلده أجود منه ، فقد زاد خيراً ، وإن كان أنقص لم يُجزئه وهذا أجود .

٦٢١٥ فصـــل

والأفضل عند أبى عبد الله إخراج الحبّ ، لأنه يخرُج به من الخلاف ، وهى حالةُ ، كما له ، لأنهُ يُدَّخر فيها ، ويتهيّأ لمنافعه كلّها ، بخلاف غيره ، فإن أخرج دقيقاً جاز ، لكن يزيد على قدر المدّ قدراً يبلغ المدّ حبّاً ، أو يُخرجه بالوزن ، لأن للحبّ رَيعاً فيكون فى مكيال الحبّ أكثرَ ممّا فى مكيال الدقيق .

قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : فيُعطى البرّ ، والدقيقَ ؟ فقال : أما الذى جاء فالبرّ ، ولكن إن

أعطاهم الدقيق بالوزن جاز ، وقال الشافعيّ ، لا يُجزىء ، لأنه ليس بحال الـكمال ، لأجل مايفوت به من وجوه الانتفاع ، فلم يُجز كالهريسة .

ولنا : قول الله تعالى (فَـكَفَّارَتُه إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ[1]) والدقيق من أوسط مايطعمه أهله ، ولأن الدقيق أجزاء الحنطة ، وقد كفـاهم مؤنته ، وطَحْنه ، وهيّأه ، وقرّبه من الأكل ، وفارق الهريسة ، فإنّها تتْلَفُ على قرب ، ولا يمكن الانتفـاع بها في غير الأكل في تلك الحال ، بخلاف مسألتنا ، وعن أحمد في إخراج الخبز روايتان .

(إحداها) يُجزىء ، اختارها الخِرَقيّ ، ونصّ عليه أحمد في رواية الأثرم ، فإنّه قال : قلت لأبي عبد الله : رجل أخذ ثلاثة عشر رطلاً ، وثلثاً دقيقاً ، وهو كفّارة اليمين ، نخبزه للمساكين ، وقسم الخبز على عشرة مساكين ، أيُجزئه ذلك ؟ قال : ذلك أعجبُ إليّ ، وهو الذي جاء فيه الحديث أن يُطعمهم مُدَّ بُرٍّ ، وهذا إن فعل فأرجو أن يُجزئه ، قلت : إنما قال الله (فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ) فهذا قد أطعم عشرةَ مساكين ، وأوفاهم المدّ ، قال : أرجو أن يُجزئه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعيّ ، ونقل الأثرم في موضع آخرَ : أن أحمد سأله رجل عن الـكفّارة ، قال : أطعمهم خُـبزاً ، وتمراً ، قال : ليس فيه تمر ، قال : فخبزٌ . قال : لا ، ولـكن بُرّاً ، أو دقيقاً بالوزن ، رطلٌ وثلث ، لـكلّ مسكين ، فظاهر هذا أنه لايُجزئه ، وهو مذهبُ الشافعيّ ، لأنه خرج عن حالة الـكمال والادّخار فأشبه الهريسة ، والأول أحسنُ ، لأن الله تعالى قال (فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ) وهذا من أوسط مايُطعم أهله ، وليس الادّخار مقصوداً في الـكفّارة ، فإنّها مقدّرة بما يقوت المسكين في يومه ، فيدلّ ذلك على أن المقصود كفايته في يومه ، وهذا قد هيّأه للأكل المعتاد للاقتيات ، وكفاهم مؤنته ، فأشبه مالو نَقَّى الحِنطةَ وغَسَلَها .

وأما الهريسة ، والـكبولاء[2] ، ونحوها ، فلا يُجزىء لأنّهما خرجا عن الاقتيات المعتاد إلى حيّز الإدام ، وأما السويق فالصحيحُ أنّه لايُجزىء لذلك ، ويحتمل أن يُجزىء لأنه يُقتات في بعض البلدان ، ولا يُجزئه من الخبز ، والسويق أقلُّ من شيء يعمل من مدّ ، فإن أخـذ مدّ حنطة ، أو رطلاً وثلثاً من الدقيق ، وصنعه خبزاً أجزأه ، وقال الخِرَقيّ يجزئه رطلان .

قال القاضي : المدّ يجيء منه رطلان ، وذلك لأن الغالب أن رطلين من الخبز لاتـكون إلا من مدّ وذلك بالرطل الدمشقيّ خمسُ أواقٍ ، وأقلُّ من خمس أوقية ، وهذا في البرّ ، فأما إن كان المخرج من الشعير فلا يُجزئه إلا ضِعْف ذلك على ماقررناه .

---

(١) بعض الآية ٨٩ من سورة المائدة .

(٢) الكبولاء : العصيدة .

٦٢١٦ فصــــل

ولا تجزىء القيمة فى الـكفّارة ، نقلها الميمونىّ ، والأثرم ، وهو مذهب الشافعىّ ، وخرّج بعض أصحابنا من كلام أحمد روايةً أخرى : أنّه يُجزئه ، وهو مارَوى الأثرم ، أن رجلاً سأل أحمـد ، قال : أَعْطَيْتُ فِي كَفَّارَةٍ خَمْسَةَ دَوَانِيقَ ؟ فقال : لَوِ اسْتَشَرْتَـنِي قَبْلَ أَنْ تُعْطِيَ لَمْ أُشِرْ عَلَيْكَ وَلَـكِنْ أَعْطِ عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْأَثْمَانِ عَلَى مَاقُلْتُ لَكَ ، وسكت عن الذى أعطى ، وهذا ليس برواية ، وإنما سكت عن الذى أعطى ، لأنه مختلف فيه ، فلم ير التضييق عليه فيه .

﴿ الأمر الثالث ﴾ أن مستَحِقّى الـكفّارة هم المساكين الذين يُعْطَوْنَ من الزكاة ، لقول الله تعالى : (فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْـكِيناً) والفقراء يدخلون فيهم . لأن فيهم المسكنة ، وزيادة ، ولا خلاف فى هـذا ، فأمّا الأغنياء فلا حقّ لهم فى الـكفّارة ، سواء كانوا من أصناف الزكاة ، كالغزاة ، والمؤلّفة ، أو لم يكونوا لأن الله تعالى خصّ بها المساكين . واختلف أصحابنا فى المُـكاتَب ، فقال القاضى فى المجرّد ، وأبو الخطاب فى الهِدَاية : لايجوز دفعُها إليه . وهو مذهبُ الشـافعىّ ، وقال الشريف أبو جعفر : وأبو الخطّاب فى مسائلهما : يجوز الدفع إليـه ، وهو مذهبُ أبى حنيفة ، وأبى ثور ، لأنه يأخذُ من الزكاة ، لحاجته ، فأشبه المسكين .

ووجه الأول : أن الله تعـالى خصّ بها المساكين ، والمـكاتَبون صنف آخر ، فلم يجز الدفع إليهم ، كالغُزَاةِ ، والمؤلّفة . ولأن الـكفّارة قُدّرت بقُوت يوم ، لـكلّ مسكين ، وصرفت إلى من يحتاج إليها للاقتيات ، والمـكاتَبُ لايأخذ لذلك ، فلا يكون فى معنى المسكين ويفارق الزكاة . فإن الأغنياء يأخذون منها ، وهم الغُزاة ، والعاملون ، عليها ، والمؤلّفة ، والغارمون ، ولأنه غَـنِىّ بكسبه ، أو بسيّده ، فأشبه العامل ، ولا خلاف بينهم فى أنه لايجوز دفعها إلى عبدٍ ، لأن نفقته واجبـةٌ على سيّده ، وليس هو من أصناف الزكاة ، ولا إلى أمّ ولد ، لأنها أمةٌ نفقتهـا على سيّدها ، وكسبُها له ، ولا إلى من تلزمه نفقته . وقد ذكرنا ذلك فى الزكاة ، وفى دفعها إلى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة إليه .

ولا يجوز دفعها إلى كافر . وبهذا قال الشافعىّ ، وخرّج أبو الخطّاب وجهاً فى إعطائهم ، بنـاء على الرواية فى إعتاقهم وهو قول أبى ثور ، وأصحاب الرأى . لأن الله تعالى قال: (فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ) وأطلق ، فيدخلون فى الإطلاق .

ولنـا : أنه كافر ، فلم يجُز الدفع إليـه ، كمساكين أهل الحرب ، وقد سلّمه أصحـابُ الرأى ، والآية مخصوصة بأهل الحرب ، فنقيس عليهم سائر الـكفار ، ويجوز صرفهـا إلى الصغير ، والـكبير ، إن كان ممن يأ كل الطعام ، وإذا أراد صرفه إلى الصغير ، فإنّه يدفعه إلى وليّه يقبض له ، فإن الصغير لا يصحّ منه

القبضُ . فأمّا من لا يأكلُ الطعام ، فظاهر كلام الخِرقيّ أنه لايجوز الدفع إليه ، لأنه لا يأكله ، فيكون بمنزلة دفع القيمة . وقال أبو الخطّاب : يُجزىء ، لأنه مسكين يدفع إليه من الزكاة ، فأشبه الكبير . وإذا قلنا : يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيّد الدفع من كفّارته إلى مكاتبه ، لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته .

٦٢١٧ فصـــل

ويجوز دفع الكفّارة إلى مَنْ ظاهرُه الفقر ، فإن بان غنيًّا فهل تُجزئه ؟ فيه وجهان بناءً على الروايتين فى الزكاة ، وإن بان كافراً ، أو عبداً لم يُجزئه وجهاً واحداً .

٦٢١٨ مسألة

قال : ﴿ ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى ، وكذلك إن ابتدأ من أول ذى الحجّة ، أفطر يوم النحر ، وأيام التشريق ، وبنى على ما مضى من صيامه ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا تخلّل صوم الظِّهار زمانٌ لا يصحّ صومُه عن الكفّارة ، مثلُ أن يبتدىء الصوم من أول شعبان ، فيتخلّله رمضان ، ويوم الفطر ، أو يبتدىء من ذى الحجّة ، فيتخلّله يوم النحر ، وأيام التشريق ، فإن التتابع لا ينقطع بهذا ، ويبنى على مامضى من صيامه . وقال الشافعىّ : ينقطع التتابع ، ويلزمه الاستئناف ، لأنه أفطر فى أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرّز منه ، فأشبه إذا أفطر بغير ذلك ، أو صام عن نذر ، أو كفّارة أخرى .

ولنا : أنه زمن منعه الشرع عن صومه فى الكفارة ، فلم يقطع التتابع ، كالحيض ، والنفاس . فإن قال : والحيض ، والنفاس ، غيرُ ممكن التحرّز منه . قلنا : قد يُمكن التحرّز من النفاس بأن لاتبتدىء الصوم فى حال الحمل ، ومن الحيض إذا كان طُهرها يزيد على الشهرين ، بأن تبتدىء الصوم عَقِيبَ طُهْرها من الحيضة ، ومع هذا فإنه لاينقطع التتابع ، ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ، ويجوز أن يدخل معه المسبوق فى أثناء الصلاة ، مع علمه بلزوم مفارقته قبل إتمامها ، ويتخرّج فى أيام التشريق رواية أخرى أنّه يصومها عن الكفّارة ، ولا يفطر إلا يوم النحر وحده ، فعلى هذا إن أفطرها استأنف ، لأنّها أيام أمكنه صيامها فى الكفّارة ، ففطرها يقطع التتابع كغيرها .

إذا ثبت هذا فإنّه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ، ناقصاً كان أو تامًّا ، وأما شوّال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله . لأن أوله يوم الفطر ، وصومه حرام ، فيشرع فى صومه من اليوم الثانى ، ويتمّم شهراً بالعدد ثلاثين يوماً ، وإن بدأ من أول ذى الحجّة إلى آخر المحرّم قضى أربعة أيام ، وأجزأه ، لأنه بدأ بالشهرين من أولها ، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصحّ صوم يوم

الفطر ، وصحّ صوم بقية الشهر ، وصوم ذى القعدة ، ويحتسب له بذى القعدة ناقصاً ، كان أو تامًّا ، لأنه بدأه من أوله ، وأما شوّال فإن كان تامًّا صام يوماً من ذى الحجّة مكان يوم الفطر ، وأجزأه . وإن كان ناقصاً صام من ذى الحجّة يومين ، لأنه لم يبدأه من أوله ، وإن بدأ بالصيام من أول أيّام التشريق . وقلنا : يصحّ صومُها عن الفرض ، فإنّه يحتسب له بالمحرّم ، ويكمل صوم ذى الحجّة بتمام ثلاثين يوماً من صفر . وإن قلنا : لايصحّ صومُها عن الفرض صام مكانها من صفر .

٦٢١٩ فصـــل

ويجوز أن يبتدىء صوم الشهرين من أول شهر ، ومن أثنائه لانعلم فى هذا خلافاً ، لأن الشهر اسمٌ لما بين الهلالين ، ولثلاثين يوماً ، فأيّهما صام فقد أدّى الواجب ، فإن بدأ من أول شهر ، فصام شهرين بالأهلّة أجزأه ذلك تامّين كانا ، أو ناقصين إجماعاً . وبهذا قال الثورىّ ، وأهل العراق ، ومالك فى أهل الحجاز ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأبو عُبَيد ، وغيرهم ، لأن الله تعالى قال : (فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) وهذان شهران متتابعان ، وإن بدأ من أثناء شهر ، فصام ستّين يوماً أجزأه بغير خلاف أيضاً قال ابن المنذر : أجمع على هذا من نحفظُ عنه من أهل العلم . فأمّا إن صام شهراً بالهلال ، وشهراً بالعدد ، فصام خمسة عشر يوماً من المحرّم ، وصفر جميعه ، وخمسة عشر يوماً من ربيع ، فإنّه يجزئه سواء كان صفر تامًّا أو ناقصاً ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلّة ، لكن تركناه فى الشهر الذى بدأ من وسطه لتعذّره ، ففى الشهر الذى أمكن اعتباره يجب أن يُعتبر ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ويتوجّه أن يقال : لايُجزئه إلا شهران بالعدد ، لأنّنا لما ضممنا إلى الخمسة عشر من المحرّم خمسة عشر من صفر ، فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر الثانى من أثناء شهر أيضاً ، وهذا قول الزهرىّ .

٦٢٢٠ فصـــل

فإن نوى صوم شهر رمضان عن الكفّارة لم يُجزئه عن رمضان ، ولا عن الكفّارة ، وانقطع التتابع حاضراً كان أو مُسافراً ، لأنه تخلّل صوم الكفّارة فطرٌ غيرُ مشروع ، وقال مجاهد ، وطاوس : يُجزئه عنهما . وقال أبو حنيفة : إن كان حاضراً أجزأه عن رمضان دون الكفّارة ، لأن تعيين النيّة غيرُ مشترطٍ لرمضان . وإن كان فى سفر أجزأه عن الكفّارة دون رمضان ، وقال صاحباه : يُجزىء عن رمضان دون الكفّارة سفراً ، وحضراً .

ولنا : أن رمضان متعيّن لصومه مُحَرَّمٌ صومه عن غيره ، فلم يُجزئه عن غيره ، كيومى العيدين ، ولا يُجزىء عن رمضان ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَاتِ وَإِنَّمَا لامْرِىءٍ مَانَوَى » وهذا مانوى رمضان ، فلا يجزئه ، ولا فرق بين الحضر ، والسفر ، لأن الزمان مُتعيِّن ،

وإنمـا جاز فطره فى السفر رُخصَةً ، فإذا تـكلّف وصام رجع إلى الأصل ، فإن سافر فى رمضان المتخلِّل اصوم الـكفّارة ، وأفطر ، لم ينقطع التتابع ، لأنه زمن لا يستحقّ صومه عن الـكفّارة ، فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل .

٦٢٢١ مسألة

قال : ﴿ وإذا كان المظاهر عبداً لم يكفّر إلا بالصيام ، وإذا صام فلا يجزئه إلا شهران متتابعان ﴾ .

قد ذكرنا أن ظهار العبد صحيح ، وكفّارته بالصيام ، لأن الله تعالى قال : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) والعبد لا يستطيع الإعتاق ، فهو كالحرّ المعسر ، وأسوأ منه حالاً ، وظاهر كلام الخِرَقيّ أنه لا يُجزئه غير الصيام ، سواء أذن له سيّده فى التـكفير بالعتق ، أو لم يأذن ، وحُـكى هذا عن الحسن ، وأبى حنيفة ، والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى ، إن أذن له سيِّده فى التـكفير بالمال جاز ، وهو مذهبُ الأوزاعىّ ، وأبى ثور ، لأنه بإذن سيِّده يصير قادراً على التـكفير بالمال ، فجاز له ذلك كالحرّ وعلى هذه الرواية يجوز له التـكفير بالإطعام عند العجز عن الصيام ، وهل له العتق ؟ على روايتين :

(إحداها) لا يجوز ، وحُـكى هـذا عن مالك ، وقال : أرجو أن يُجزئه الإطعام ، وأنـكر ذلك ابن القاسم صاحبه ، وقال : لا يُجزئه إلا الصِّيام ، وذلك لأن العتق يقتضى الولاء ، والولاية ، والإرث ، وليس ذلك للعبد .

(والرواية الثانية) له العتق ، وهو قول الأوزاعىّ ، واختارها أبو بكر ، لأنَّ مَنْ صحّ تـكفيره بالإطعام صحّ بالعتق ، ولا يمتنع صحّة العتق مع انتفاء الإرث ، كما لو أعتق من يخالفه فى دينـه ، ولأن المقصود بالعتق إسقاط الملـكيّة عن العبد ، وتمليكه نفع نفسه ، وخلوصه من ضرر الرقّ ، وما يحصُل من توابع ذلك ليس هو المقصود ، فلا يمنع من صحّته ما يحصُل منه المقصود ، لامتناع بعض توابعه .

﴿ ووجه الأولى ﴾ أن العبد مال ، لا يملك المـال ، فيقع تـكفيره بالمال بمالِ غيره . فلم يجزئه ، كما لو أعتق عبد غيره عن كفّارته ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التـكفير بالمال ، وإن أذن له سيِّده فيه ، لأن فرضه الصِّيام ، فلم يلزمه غيره ، كما لو أذن موسر لِحُرّ معسر فى التـكفير من ماله ، وإن كان عاجزاً عن الصِّيَام ، فأذن له سيِّده فى التـكفير بمـا شاء من العتق ، والإطعام ، فإن له التـكفير بالإطعام ، لأن من لا يلزمه الإعتاق مع قدرته على الصيام ، لا يلزمه مع عجزه عنه ، كالحرّ المعسر ، ولأن عليه ضرراً فى التزام المنَّة الـكبيرة ، فى قبول الرقَبة ، ولا يلزم مثل ذلك فى الطعام ، لقلّة المنَّة فيه ، وهذا فيما إذا أذن له سيّده فى التـكفير قبل العَوْد ، فإن عاد وجبت الـكفّارة فى ذمّته ، ثم أذن له سيّده فى التـكفير انبنى مع ذلك على أصلٍ آخر ، وهو أن التـكفير هل هو مُعتبر بحالة الوجوب ، أو بأغلظ الأحوال ؟ وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى ، وعلى كلّ حال فإذا صام لا يُجزئه إلا شهران متتابعان ، لدخوله فى عموم قوله تعالى :

(فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) ولأنه صوم فى كفَّارة ، فاستوى فيه الحرّ ، والعبد كـكفَّارة اليمين ، وبهذا قال الحسن ، والشعبيّ ، والنخَعِيّ ، والزهريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، ولا نعلم لهم مخالفاً ، إلا ماروى عن عطاء : أنّه لو صام شهراً أجزأه ، وقاله النخَعِيّ ، ثم رجع عنه إلى قول الجماعة .

٦٢٢٢ فصـــــل

والاعتبار فى الـكفَّارة بحالة الوجوب فى أظهر الروايتين ، وهو ظاهر كلام الخِرَقِيّ ، لأنه قال : إذا حَنِثَ وهو عبد ، فلم يـكفّر حتى عَتَق فعليه الصوم ، لايجزئه غيره ، وكذلك قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسْأل عن عبدٍ حلف على يمين ، فَحَنِثَ فيها ، وهو عبد ، فلم يـكفِّر حتّى عتق أيـكفِّرُ كفَّارَةَ حُرّ ، أو كفَّارة عبد ؟ قال : يـكفِّر كفَّارة عبدٍ ، لأنه إنما يكفِّر ماوجب عليه يوم حَنِثَ ، لايوم حَلَفَ ، قلت له : حلف وهو عبد ، وحَنِثَ وهو حُرّ ؟ قال : يوم حَنِثَ ، واحتجّ فقال : افْتَرَى وهو عبد أى ثُمَّ أعتق . فإنّما يُجلَدُ جَلْدَ العبد ، وهو أحدُ أقوال الشافعيّ ، فعلى هـذه الرواية يُعتبر يَسارُه وإعْسارُه حال وجوبها عليه ، فإن كان موسراً حالَ الوجوب استقرّ وجوب الرقبة عليه ، فلم يسقط بإعساره بعد ذلك ، وإن كان معسراً ، ففرضه الصوم ، فإذا أيسر بعـد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة .

﴿ والرواية الثانية ﴾ الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التـكفير ، فمتى وجد رقبةً فيما بين الوجوب إلى حين التـكفير ، لم يُجزئه إلا الإعتاق ، وهذا قولٌ ثانٍ للشافعيّ ، لأنه حقٌّ يجب فى الذمّة بوجود مالٍ ، فاعتُبِر فيه أغلظُ الحالين ، كالحجّ ، وله قول ثالث : أن الاعتبار بحالة الأداء . وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، لأنّه حقٌّ له بدل من غير جنسه ، فـكان الاعتبار فيه بحـالة الأداء ، كالوضوء .

ولنا : أن الـكفّارة تجب على وجه الطُّهرة ، فـكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب ، كالحدّ ، أو نقول : من وجب عليه الصيّام فى الـكفّـارة لم يلزمه غيره ، كالعبد إذا أعتق ، ويفارق الوضوء ، فإنّه لو تيمّم ، ثم وجد الماء بطل تيمّمه وههنا لو صام ، ثم قدَر على الرقبة لم يبطل صومه ، وليس الاعتبار فى الوضوء بحالة الأداء ، فإن أداءه فعله ، وليس الاعتبار به ، وإنما الاعتبار بأداء الصلاة ، وهى غير الوضوء ، وأما الحجّ فهو عبادة العمر ، وجميعه وقتٌ لها ، فمتى قدر عليه فى جزء من وقته وجب ، بخلاف مسألتنا ، ثم يبطُل ماذكروه بالعبد إذا أعتق ، فإنّه لايلزمه الانتقال إلى العتق ، مع ماذكروه ، فإن قيل : العبد لم يـكن ممن تجب عليه الرقبة ، ولا تُجزئه ، فلمّا لم تُجزئه الزيادة لم تلزمه بتغيّر الحال ، بخلاف مسألتنا . قلنا : هذا لاأثر له .

إذا ثبت هذا فإنّه إذا أيسر ، فأحبّ أن ينتقل إلى الإعتاق ، جاز له فى ظاهر كلام الخِرَقىّ ، فإنَّه قال : ومن دخل فى الصوم ، ثم قـدر على الهدى ، لم يـكن عليه الخروج ، إلا أن يشـاء ، وهـذا يدلّ على أنه إذا شاء فله الانتقـال إليه ، ويُجزئه إلا أن يـكون الحانث عبداً ، فليس له إلا الصوم ، وإن عتق وهو قول الشافعىّ ، على القول الذى توافقنا فيه ، وذلك لأن العتق هو الأصل ، فوجب أن يُجزئه كسائر الأصول ، فأمّا إن استمرّ به العجز حتى شرع فى الصيام لم يلزمه الانتقال إلى العتق ، بغير خلاف فى المذهب ، وهو مذهبُ الشعبىّ ، وقتادة ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والليث ، والشافعىّ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وهو أحد قولى الحسن ، وذهب ابن سيرين ، وعطاء والنخَعِىّ ، والحكم ، وحمّاد ، والثورىّ، وأبو عُبَيد ، وأصحاب الرأى إلى أنه يلزمه العتق ، لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل ، فلزمه العودُ إليه ، كالمتيمِّم يجد الماء قبل الصلاة ، أو فى أثنائها .

ولنا : أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام ، فلم يسقط عنه كما لو استمرّ العجز ، إلى بعد الفراغ ، ولا يشبه الوضوء ، فإنه لو وجد الماء بعد التيمّم بطل ، وههنا بخلافه ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع فى صوم البدل ، فلم يلزمه الانتقال إليه ، كالمتمتّع يجد الهدى بعد الشروع فى صيام السبعة .

٦٢٢٣ فصـــل

إذا قلنـا : الاعتبار بحالة الوجوب ، فوقته فى الظِّهار زمن العَوْد ، لا وقت المظاهرة ، لأن الـكفارة لاتجب حتى يعود ، ووقتُه فى اليمين زمن الِحنْثِ ، لاوقت اليمين ، وفى القتل زمن الزُّهوق ، لازمن الجرح ، وتقديم الـكفّارة قبل الوجوب تعجيلٌ لهـا قبل وجوبها لوجود سببها ، كتعجيل الزكاة قبل الحَوْل ، وبعد وجود النصاب .

٦٢٢٤ فصـــل

فإذا كان المظاهر ذمّياً ، فتـكفيره بالعتق ، أو الإطعام ، لأنه يصحّ منه فى غير الـكفّارة فصحّ منه فيها ، ولا يجوز بالصيام . لأنه عبادة محضة ، والـكافر ليس من أهلها ، ولأنه لا يصحّ منه فى غير الـكفّارة فلا يصحّ منه فيها ، ولا يُجزئه فى العتق إلا عتق رقبة مؤمنة ، فإن كانت فى ملـكه ، أو ورثها أجزأت عنه ، وإن لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة ، لأن الـكافر لا يصحّ منه شراء المسلم . ويتعيَّن تـكفيره بالإطعام ، إلا أن يقول لمسلم : أعْتِقْ عبدك عن كفّارتى ، وعلىّ ثمنه ، فيصحّ فى إحدى الروايتين ، وإن أسلم الذمىّ قبل التـكفير بالإطعام ، فحـكمه حكم العبد ، يعتق قبل التـكفير بالصيام ، على مامضى ، لأنه فى معناه ، وإن ظاهر وهو مسلم ثم ارتدّ فصام فى ردّته عن كفّارته لم يصحّ ، وإن كفَّر بعتق ، أو إطعام ، فقد أطلق أحمـدُ القول : أنه لا يُجزئه ، وقال القاضى : المذهبُ أنّ ذلك موقوف ،

فإن أسلم تبيّنا أنه أجزأه ، وإن مات ، أو قتل تبيّنا أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته .

٦٢٢٥ مسألة

قال : ﴿ ومن وطىء قبل أن يأتي بالكفّارة كان عاصياً ، وعليه الكفّارة المذكورة ﴾ .

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير ، لقول الله تعالى في العتق والصّيام : (مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) فإن وطىء عصى ربّه ، لمخالفة أمره ، وتستقرّ الكفّارة في ذمّته ، فلا تسقط بعد ذلك بموت ، ولا طلاق ، ولا غيره ، وتحريم زوجته عليه باقٍ بحاله ، حتى يكفّر ، هذا قول أكثر أهل العلم . رُوي ذلك عن سعيد بن المسيّب ، وعطاء ، وطاوس ، وجابر بن زيد ومُورِّق العِجْلِيّ ، وأبي مِجْلَز ، والنَّخَعِيّ ، وعبد الله بن أُذَيْنَة ، ومالك ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبي ثور . وروى الخلاّل عن الصلت بن دينار ، قال : سألتُ عَشَرَةً من الفقهاء عن المظاهر يُجامع قبل أن يكفّر ؟ قالوا : ليس عليه إلا كفارة ، واحدة : الحسن وابن سيرين ، وبكر المزنيّ ، ومُوَرِّق العِجْلِيّ ، وعطاء ، وطاوس ، ومُجاهد ، وعكرمة ، وقتادة ، وقال وكيع : وأظنُّ العاشر نافعاً . وحُكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفّارتين . ورُوي ذلك عن قبيصة ، وسعيد بن جُبَير ، والزهريّ ، وقتادة ، لأن الوطء يوجب كفارة ، والظهار موجبٌ للأخرى وقال أبو حنيفة : لاتثبت الكفّارة في ذمّته ، وإنّما هي شرط الإباحة بعد الوطء ، كما كانت قبله ، وحكي عن بعض الناس أن الكفّارة ، تسقط ، لأنّه فات وقتها ، لكونها وجبت قبل المَسيس .

ولنا : حديث سَلَمَةَ بن صَخْرٍ حين ظاهر ، ثم وطىء قبل التكفير ، فأمره النبيّ صلى الله عليه وسلم بكفّارة واحدة ، ولأنه وجد الظهار ، والعود ، فيدخل في عموم قوله : (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) . فأمّا قولهم : فات وقتها ؛ فيبطل بما ، ذكرناه وبالصلاة ، وسائرُ العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها .

٦٢٢٦ مسألة

قال : ﴿ وإذا قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر أبي لم تكن مظاهرة ولزمتها كفارة الظهار لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا قالت لزوجها : أنتَ عليّ كظهر أبي ، أو قالت : إن تزوّجتُ فلاناً فهو عليّ كظهر أبي ، فليس ذلك بظهار ، قال القاضي : لاتكون مظاهرةً ، روايةً واحدةً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الزهريّ ، والأوزاعيّ : هو ظهار ، ورُوي ذلك عن الحسن ، والنخَعِيّ ، إلا أن النخعيّ قال : إذا قالت ذلك بعد

ماتزوّج فليس بشيء ، ولعلّهم يحتجُّون بأنّها أحد الزوجين ، ظاهر من الآخر ، فـكان مظاهِراً كالرجل .

ولنـا : قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) فخصَّهم بذلك ، ولأنه قول يوجب تحريمًا في الزوجة ، يملك الزوجُ رفعه ، فاختصّ به الرجل ، كالطلاق ، ولأن الحلّ في المرأة حقٌّ للرجل ، فلم تملك المـرأة إزالته كسائر حقوقه . إذا ثبت هذا فاختُلِف عن أحمد في الـكَفّارة ، فنقل عنه جماعة : عليهـا كفّارة الظّهار ، لما رَوى الأثرم بإسناده عن إبراهيم ، أنّ عائشة بنت طلحة قالت : إن تزوّجتُ مصعب ابنَ الزبير فهو عليّ كظهر أبي ، فسألت أهل المدينة ، فرأوا أن عليها الـكفّارة . وروى عليّ بن مُسْهِر عن الشيبانيّ ، قال : « كُنْتُ جَالِسًا فِي الْمَسْجِدِ أَنَا وَعَبْدُ اللهِ بْنُ مُغَفَّلٍ الْمُزَنِيُّ فَجَاء رَجُلٌ حَتَّى جَلَسَ إِلَيْنَا فَسَأَلْتُهُ مَنْ أَنْتَ ؟ فقال : أَنَا مَوْلًى لِعَائِشَةَ بِنْتِ طَلْحَةَ الَّتِي أَعْتَقَتْنِي عَنْ ظِهَارِهَا خَطَبَهَا مُصْعَبُ ابْنُ الزُّبَيْرِ ، فقالت : هُوَ عَلَيَّ كظهر أبي ، إن تزوّجته ، ثم رغِبَتْ فيه فاستفتَتْ أصحابَ رسولِ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسـلَّمَ وَهُمْ يَوْمَئِذٍ كَثِيرٌ فأمَرُوها أَنْ تُعْتِقَ رقبـة وتتزوّجه فأَعْتَقَتْنِي وَتَزَوَّجَتْهُ » وروى سعيدٌ هذين الخبرين مختصرين ، ولأنهـا زوج أتى بالمنـكر من القول والزور ، فلزمه كفّارة الظّهار كالآخر ، ولأن الواجب كفارة يمين ، فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى .

﴿ والرواية الثانية ﴾ ليس عليها كفّارة وهو قول مالك والشافعيّ وإسحاق ، وأبي ثور ، لأنه قول منـكر وزور ، وليس بظهار ، فلم يوجب كفارةً كالسبّ والقَذْفِ ، ولأنه قولٌ ليس بظهار ، فلم يوجب كفّارةُ الظهار ، كسائر الأقوال ، أو تحريم ممّا لايصحّ منه الظّهار ، فأشبه الظهار من أَمَته .

﴿ والرواية الثالثة ﴾ عليها كفّارة اليمين ، قال أحمد : قد ذهب عطاء مذهباً حسناً ، جعله بمنزلة من حرّم على نفسه شيئاً ، مثل الطعام ، وما أشبهه ، وهذا أقْيَسُ على مذهب أحمد ، وأشبه بأصوله ، لأنه ليس بظهار ، ومجرّد القول من المنـكَرِ والزور لا يوجبُ كفّارة الظّهار ، بدليل سائر الـكذب ، والظّهار قبلَ العَوْد ، والظهار من أَمته وأمّ ولده ، ولأنه تحريم لا يُثبِت التحريم في المحلّ ، فلم يوجب كفّارة الظهار ، كتحريم سائر الحلال ، ولأنه ظهار من غير امرأته ، فأشبه الظّهار من أمته ، ومارُوى عن عائشة بنتِ طَلْحَة في عِتْق الرقبة فيجوز أن يـكون إعتاقها تـكفيراً ليمينها ، فإن عتق الرقبة أحدُ خِصال كفّارة اليمين ، ويتعيَّن حملُه على هـذا لـكون الموجود منها ليس بظهار ، وكلام أحمد في رواية الاثرم لايقتضي وجوب كفارة الظهار إنما قال : الأحوطُ أن تـكفّر ، وكذا حكاه ابن المنذر ، ولاشكّ في أنّ الأحوط التـكفير بأغلظ الـكفارات ، ليخرُج من الخلاف ، ولـكن ليس ذلك بواجب عليه ، لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولاهو في معنى المنصوص ، وإنّما هو تحريم للحلال من غير ظهار ، فأشـبه مالو حرّم أمته ، أو طعامه ، وهذا قول عطاء والله أعلم .

٦٢٢٧ فصل

وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا يجب عليها ، حتى يطأها ، وهي مطاوعة ، فإن طلقها أو مات أحدهما قبل وطئها ، أو أكرهها على الوطء فلا كفارة عليها ، لأنها يمين ، فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها ، كسائر الأيمان ، ولا يجب تقديمها قبل المسيس . كـكفارات سائر الأيمان ، ويجوز تقديمها لذلك ، وعليها تمكينُ زوجها من وطئها قبل التكفير لأنه حقّ له عليها ، فلا يسقط بيمينها ، ولأنه ليس بظهار وإنما هو تحريم للحلال ، فلا يثبُت تحريماً ، كما لو حرّم طعامه ، وحُكي أن ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمكنه قبل التكفير إلحاقاً بالرجل . وليس ذلك بجيِّد ، لأن الرجل الظهارُ منه صحيح ، ولا يصحّ ظهار المرأة ، ولأن الحِلّ حقُّ الرجل فملك رفعه ، والحلُّ حقٌّ عليها فلا تملك إزالته ، والله أعلم .

٦٢٢٨ مسألة

قال : ﴿ وإذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفّر فكفارة واحدة ﴾ .

هذا ظاهر المذهب ، سواء كان في مجلس ، أو مجالس ، ينوي بذلك التأكيد أو الاستئناف ، أو أطلق ، نقله عن أحمد جماعة . واختاره أبو بكر ، وابن حامد ، والقاضي ، ورُوي ذلك عن عليّ رضي الله عنه ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والشعبيّ ، والزهريّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وهو قول الشافعيّ القديم ، ونقل عن أحمد فيمن حلف أيماناً كثيرة ، فإن أراد تأكيد اليمين فكفّارة واحدة ، فمفهومه أنه إن نوى الاستئناف فكفّارتان ، وبه قال الثوريّ ، والشافعيّ في الجديد ، وقال أصحاب الرأي : إن كان في مجلس واحد فكفّارة واحدة ، وإن كان في مجالس فكفّارات وروى ذلك عن عليّ ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، لأنه قولٌ يوجب تحريم الزوجة ، فإذا نوى الاستئناف تعلّق بكلّ مرّةٍ حكم حالها ، كالطلاق .

ولنا : أنه قول لم يؤثّر تحريماً في الزوجة ، فلم تجب به كفّارة الظّهار ، كاليمين بالله تعالى : ولا يخفى أنه لم يؤثّر تحريماً ، فإنها قد حُرِّمت بالقول الأول ، ولم يزد تحريمُها ، ولأنه لفظ يتعلّق به كفارة ، فإذا كرّره كفاه واحدة ، كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق : فما زاد على ثلاثٍ لا يثبُت له حكم بالإجماع ، وبهذا ينتقض ما ذكروه .

وأما الثالثة : فإنها تُثبت تحريماً زائداً ، وهو التحريم قبل زوج وإصابة بخلاف الظهار الثاني ، فإنه لا يثبُت به تحريم ، فنظيره مازاد على الطلقة الثالثة ، لا يثبُت له حكم ، فكذلك الظهار الثاني .

فأما إن كفّر عن الأول ، ثم ظاهر لزمته للثاني كفّارة ، بلاخلاف ، لأن الظهار الثانيَ مثل الأول ، فإنه حرّم الزوجة المحلّلة ، فأوجب الكفّارة كالأول ، بخلاف ماقبل التكفير .

٦٢٢٩ فصـــل

والنية شرط فى صحّة الـكفّارة ، لقول النبىّ ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » ولأن العتق يقع متبرّعاً به ، وعن كفّارةٍ أخرى ، أو نذر ، فلم ينصرف إلى هذه الـكفّارة إلا بنيّة ، وصفتُها أن ينوىَ العتق ، أو الصيام ، أو الإطعام عن الـكفّارة . فإن زاد الواجبةَ كانـ تأكيداً ، وإلاَّ أجـزأت نيّته الـكفّارة ، وإن نوى وجوبهـا ، ولم ينو الـكفّارة لم يُجزئه ، لأنّ الوجوب يتنوّع عن كفّارةٍ ونَذْرٍ ، فوجب تمييزه ، وموضع النيّة مع التفـكير ، أو قبله بيسير ، وهذا الذى نصّ عليـه الشافعىّ . وقال به بعض أصحابه . وقال بعضهم : لايجزىء حتّى يستصحب النيّة . وإن كانت الـكفّارة صياماً اشترط نيـة الصيام عن الـكفّارة فى كلّ ليلةٍ ، لقوله عليه السلام : « لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ » . وإن اجتمعت عليـه كفّارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

فعلى هذا : لو كان مظاهراً من أربع نساء ، فأعتق عبـداً عن ظهاره أجزأه عن إحداهنّ ، وحلّت له واحدة ، غيرُ مُعَينةٍ ، لأنه واجبٌ من جنس واحد ، فأجزأته نية مُطلقة ، كالو كان عليه صوم يومين من رمضان ، وقيـاس المذهب أن يُقْرِعَ بينهنّ ، فتخرج بالقرعة المحلّلة منهنّ ، وهـذا قول أبى ثور ، وقال الشافعىّ : له أن يصرفها إلى أيتهنّ شاء ، فتحِلّ ، وهذا يُفضى إلى أنه يتخيّر بين كون هذهالمرأة محلّلة له، أو محرّمة عليه . وإن كان الظهار من ثلاث نسوة ، فأعتق عبداً عن إحداهنّ ، ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ، ثم مرض ، فأطعم ستّين مسكيناً عنـ أخرى ، أجزأه ، وحلّ له الجميع من غـير قُرعة ، ولا تعيين . وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : يُقْرِعُ بينهنّ ، فمن تقع لها القُرعة ، فالعتقُ لها ، ثم يُقرِع بين الباقيتين ، فمن تقع لهـا القرعة فالصيام لها ، والإطعام عن الثالثة ، لأنّ كلّ واحدةٍ من هذه الخصال لو انفردت احتاجت إلى قرعة ، فـكذلك إذا اجتمعت .

ولنا : أن التـكفير قد حصل عن الثلاث ، وزالت حرمة الظِّهار . فـلم يحتج إلى قرعة ، كالو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهنّ دفعةً واحدة . فأمّا إن كانت الـكفّارة من أجناس ، كظهار ، وقتـل ، وجماع فى رمضان ، ويمين . فقال أبو الخطاب : لايفتقر إلى تعيين السبب . وهذا مذهبُ الشافعىّ ، لأنها عبادة واجبة ، فلم تفتقر صحّة أدائها إلى تعيين سببها ، كالو كانت من جنس واحد .

وقال القاضى : يحتمل أن يشترط تعيين سببها ، ولا تجزىء نيـة مُطلقة ، وحكاه أصحاب الشافعىّ ، عن أحمد ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنهما عبادتان من جنسين ، فوجب تعيين النيـة لهما ، كالو وجب عليه صوم من قضاء ، ونذر .

فعلى هذا : لو كانت عليه كفّارة واحدةٌ لايعلم سببها فـكفّر كفّارة واحـدة أجزأه على الوجه الأول قاله أبو بكر ، وعلى الوجه الثانى ينبغى أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الـكفارات ، كلّ واحدة عن سبب كمن نسى صلاةً من يوم ، لا يعلم عينها ، فإنه يلزمه خَمسُ صلوات ، ولو علم أنّ عليه صوم يوم ، لا يعلم أمِنْ قضاء هو أو نذر ؟ لزمه صوم يومين ، فإن كان عليه صوم ثلاثة أيام، لايدرى أهى من كفارة يمين أو قضاء أو نذر ؟ لزمه صوم تسعة أيام ، كلّ ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث .

٦٢٣٠ فصـــل

وإذا كانت على رجل كفارتان ، فأعتق عنهما عبدين ، لم يخل من أربعة أحوال :

(أحدها) أن يقول : أعتقتُ هذا عن هذه الـكفّارة ، وهذا عن هذه ، فيجزئه إجماعاً .

(الثانى) أن يقول: أعتقت هذا عن إحدى الـكفّارتين ، وهذا عن الأخرى من غير تعيين فيُنْظَرُ : فإن كانا من جنس واحد ، كـكفّارتى ظهار ، أو كفارتى قتل أجزأه . وإن كانتا من جنـسين ، كـكفّارة ظهار ، وكفارة قتل خرّج على الوجهين فى اشتراط تعيين السبب . إن قلنا : يُشترط لم يجزئه واحد منهما وإن قلنا : لا يشترط أجزأه عنهما .

(الثالث) أن يقول : أعتقتهما عن الـكفارتين ، فإن كانتا من جنس واحد أجزأ عنهما ، ويقع كلّ واحد عن كفّارة . ولأن عُرف الشرع والاستعمال إعتاق الرقبـة عن الـكفارة . فإذا أطلق ذلك وجب حمله عليه ، وإن كانتا من جنـسين خرّج على الوجهين .

(الرابع) أن يعتق كلّ واحد عنهما جميعاً ، فيـكون معتِقاً عن كلٍّ واحدة من الـكفّارتين نصف العبدين ، فينبنى ذلك على أصل آخر ، وهو إذا أعتق نصف رقبتين عن كفّارة ، هل يجزئه أولا ؟ فعلى قول الخِرَقىّ يجزئه ، لأن الأشقاص بمنزلة الأشخـاصِ فيما لا يمنع منه العيبُ اليسير ، بدليل الزكاة ، فإن من ملك نصف ثمـانين شـاةً كان بمنزلة من ملك أربعين ، ولا تلزم الأضحية ، فإنه يمنع منه العيبُ اليسير .

وقال أبو بـكر ، وابن حامد : لايجـزئه ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، لأن ما أمر بصرفه إلى شخص فى الـكفّارة لم يجُز تفريقه على اثنين كالمدّ فى الإطعام ، ولأصحاب الشافعىّ كهـذين الوجهين ، ولهم وجه ثالث : وهو أنه إن كان باقيهما حرّاً أجزأ ، وإلا فلا ، لأنه متى كان باقيهمـا حرّاً حصـل تـكميل الأحكام ، والتصرّف ، وخرّجه القاضى وجهاً لنـا أيضاً ، إلا أن للمعترض عليه أن يقول : إن تـكميل الأحكام ماحصل بعتق هذا ، وإنما حصل بانضمامه إلى عتق النصف الآخر ، فلم يُجزئه ، فإذا قلنا : لا يجزىء عتق النصفين لم يجزىء فى هذه المسألة عن شىء من الـكفّارتين ، وإن قلنا : يجزىء ، وكانت

الـكفّارتان من جنس أجزأ العتق عنهما ، وإن كانتا من جنسين فقد قيل : يخرّج على الوجهين ، والصحيح أنه يُجزىء وجهاً واحداً ، لأن عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما .

٦٢٣١ فصـــل

ولا يجوز تقديم كفّارة الظهار قبله ، لأن الحـكم لايجوز تقديمه على سببه ، فلو قال لعبـده : أنت حرّ الساعةَ عن ظهارى إن ظاهرتُ عتق ، ولم يُجزئه عن ظهاره إن ظاهر ، لأنه قـدّم الـكفّارة على سببها المختصّ ، فلم يَجُز ، كما لو قدّم كفارة اليمين عليها ، أو كفّارة القتل على الجُرْح ، ولو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمّى لم يَجُز التـكفير قبل دخول الدار ، لأنه تقـديم للـكفّارة قبل الظهار ، فإن أعتق عبداً عن ظهاره ، ثم دخلت الدارَ عتق العبد ، وصار مُظـاهراً ، ولم يُجزئه ، لأن الظهار معلّق على شرط ، فلا يوجـد قبل وجود شرطه ، وإن قال لعبده : إن ظـاهرت فأنت حرّ عن ظهارى ، ثم قال لامرأته : أنتِ عليّ كظهر أمّى عتق العبد لوجود الشرط ، وهل يجزئه عن الظهار ؟ فيه وجهان :

﴿ أحدهما ﴾ يُجزئه ، لأنه عتق بعد الظهار ، وقد نوى اعتاقه عن الـكفّارة .

﴿ والثـانى ﴾ لايُجزئه ، لأن عتقه مستحقّ بسبب آخر ، وهو الشرط ، ولأن النيّة لم توجـد عند العتق ، والنية عند التعليق لاتجزىء ، لأنه تقديم لها على سببها ، وإن قال لعبده : إن ظاهرتُ فأنت حرّ عن ظِهارِى ، فالحـكم فيه كذلك ، لأنه تعليق لعتقه على المظاهرة .

كتاب اللعان

قال رحمه الله تعالى :

وهو مشتق من اللعن ، لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه فى الخامسة ، إن كان كاذباً ، وقال القاضى : سُمِّى بذلك ، لأن الزوجين لاينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً ، فتحصل اللعنة عليه ، وهى الطرد ، والإبعاد . والأصل فيه قول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ(1)) الآيات ، وروى سهل ابن سعد الساعدىّ « أَنَّ عُوَيْمِراً العَجْلاَنِيَ أَتَى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارَسُولَ الله ، أَرَأَيْتَ رَجُلاً وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلاً فَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ ؟ فقالَ رسول الله صلى الله عليه وسلم : قَدْ أَنْزَلَ اللهُ فِيكَ وَفِى صَاحِبَتِكَ ، فَاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا . قالَ سَهْلٌ : فَتَلاَعَنَا وأنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسول الله صلى الله عليه وسلم ، فَلَمَّا فَرَغَا قَالَ عُوَيْمِرٌ : كَذَبْتُ عَلَيْهَا يارَسُولَ اللهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا ، فَطَلَّقَهَا ثَلاَثاً بِحَضْرَةِ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم » متفق عليه ، وروى أبو داود بإسناده ، عن ابن عباس رضى الله عنهما ، قال : « جاءَ هِلاَلُ بْنُ أُمَيَّةَ وَهُوَ أَحَدُ الثَّلاَثَةِ الَّذِينَ تَابَ اللهُ عَلَيْهِمْ فَجَاءَ مِنْ أَرْضِهِ عِشَاءً فَوَجَدَ عِنْدَ أَهْلِهِ رَجُلاً فَرَأَى بِعَيْنَيْهِ وَسَمِعَ بِأُذُنَيْهِ فَلَمْ يَهِجْهُ حَتَّى أَصْبَحَ ثُمَّ غَدَا عَلَى رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارَسُولَ اللهِ إِنِّى جِئْتُ أَهْلِى ، فَوَجَدْتُ عِنْدَهُمْ رَجُلاً ، فَرَأَيْتُ بِعَيْنِى وَسَمِعْتُ بِأُذُنِى ، فَكَرِهَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم مَاجَاءَ بِهِ ، واشتدّ عَلَيْهِ فنزلت (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ) الآيتين ، كِلَيْهِمَا ، فسُرِّىَ عن رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم فقال : أَبْشِرْ يَاهِلاَلُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَكَ فَرَجاً وَمَخْرَجاً . قال هلال : قد كنتُ أرجو ذلك من رَبِّى تبارك ، وتعالى .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرْسِلُوا إِلَيْهَا . فَأَرْسَلُوا إِلَيْهَا . فَتَلاَهَا عَلَيْهِمَا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ، وذكّرهما ، وأخبرهما : أَنَّ عَذَابَ الآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا . فقال هلال : والله لَقَدْ صَدَقْتُ عَلَيْهَا . فقالت : كَذَبَ . فقال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : لاَعِنُوا بَيْنَهُمَا . فقيل لهلال : اشهد ، فشهد أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين ، فلمّا كانت الخامسة ، قيل : ياهلال ، اتّق

(1) بعض الآية ٦ من سورة النور .

الله ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمُوجِبَةُ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فقال : وَاللهِ لايُعَذِّبُنِى اللهُ عليها كما لم يَجْلِدْنِى عَلَيْهَا ، فَشَهِدَ الخامسة : أَنَّ لَعْنَةَ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ، ثم قيل لها : اشهدى ، فشهدت أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بالله إنّه لمن الكاذبين ، فلمّا كانتِ الخامسة قيل لهـا : اتّقى الله ، فإنّ عذاب الدنيا أهونُ من عذاب الآخرة ، وإنّ هذه الموجبَةُ الّتي توجبُ عليكِ العذاب ، فَتَلَكَّأَتْ ساعةً ، ثم قالت : والله لاأَفْضَحُ قَوْمِى ، فَشَهِدَتْ الخامسَةَ : أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ، ففرّقَ رسولُ الله صلى الله عليـه وسلم بينهما ، وقضى أَنْ لاَ بَيْتَ لَهَا عَلَيْهِ ولاقُوتَ ، من أجل أنّهما يتفرّقان من غير طلاق ، ولا متوفّى عنها ، وقال : إن جاءت به أُصَيْهِبَ[1] أو بضبح ، أُثَيْبِجَ[2] أَحْمَشَ[3] السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِهِلاَلٍ ، وإن جاءت بِهِ أَوْرَقَ[4] جَعْداً جُمَالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ فَهُوَ لِلَّذِى رُمِيَتْ بِهِ ، فَجَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ جَعْداً جُمَالِيًّا[5] خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ[6] الْأَلْيَتَيْنِ ، فقالَ رسول الله صلى الله عليـه وسلم : لَوْلاَ الْأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » قال عكرمة : فـكان بعد ذلك أميراً على مصر ، وما يُدْعَى لأب ، ولأنّ الزوج يُبتلى بقَذْفِ امرأته ، لِيَنْفِيَ العارَ ، والنَّسَبَ الفاسد ، وتتعذّر عليه البيّنة ، فجعل اللِّعَان بيّنة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبيّ صلى الله عليه وسلم : « أَبْشِرْ يَاهِلاَلُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَكَ فَرَجاً وَمَخْرَجاً » .

٦٢٣٢ مسألة

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فقال لهـا : زَنَيْتِ أو يازانية ، أو رأيتك تزنين ، ولم يأت بالبيّنة لزمه الحدّ : إن لم يلتعِنْ ، مُسلماً كان ، أو كافراً ، حرًّا كان ، أو عبداً ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول :

٦٢٣٣ أحـــدها

فى صفـة الزوجين اللّذين يصح اللِّعان بينهمـا . وقـد اختلفت الرواية فيهمـا ، فرُوى أنه

---

(١) أصهب : تصغير أصيهب ، وهو الذى فى شعره حمرة يعلوها سواد .

(٢) أثيبج : تصغير أثبج ، وهو الذى بين كتفيه وكاهله نتوء وارتفاع .

(٣) أحمش الساقين . دقيقهما رقيقهما (٤) أورق : الأورق الذى فى لونه بياض إلى سواد ، وقال ابن الأثير : الأورق الأسمر ، والجعد هو ملبد الشعر متجعده . (٥) جماليا : موثق الأعضاء قويها كالجمل ، وخدلج : بفتح الخاء والدال واللام مشددة مع فتحها عظيمهما غليظهما .

(٦) سابغ الأليتين تامهما عظيمهما وليس بنحيفهما .

يصحّ من كلّ زوجين مكلّفين ، سواء كانا مسلمين ، أو كافرين ، أو عَدلين ، أو فاسقين ، أو محدودين في قذف ، أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وسليمان بن يَسار ، والحسن ، وربيعة ، ومالك، وإسحاق . قال أحمد في رواية ابن منصور : جميع الأزواج يَلْتَعِنُونَ : الحرّ من الحرّة ، والأمة إذا كانت زوجةً ، وكذلك العبد من الحُرّة والأمة ، إذا كانت زوجةً ، وكذلك المسلم من اليهوديّة ، والنصرانيّة ، وعن أحمد رواية أخرى : لايصحّ اللعان إلا من زوجين مسلمين ، عدلين ، حرّين ، غير محدودين في قذف ، ورُوي هذا عن الزهريّ ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وحمّاد ، وأصحاب الرأي ، وعن مكحول : ليس بين المسلم والذميّة لعان ، وعن عطاء ، والنخَعِيّ في المحدود في القذف : يُضْرَبُ الحدَّ ، ولا يُلاعِن ، ورُوي فيه حديث لايثبُت . كذلك قال الشافعيّ ، والساجي . لأن اللعان شهادة ، بدليل قوله سبحانه : (وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاء إلاَّ أَنْفُسُهُمْ) فاستثنى أنفسهم من الشهداء ، وقال تعالى : (فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ) فلا يُقبل ممّن ليس من أهل الشهادة ، وإن كانت المرأة ممّن لايُحَدّ بقَذْفِها ، لم يجب اللعان ، لأنه يُراد لإسقاط الحدّ ، بدليل قوله تعالى : (وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ) ولا حدّ ههنا ، فينتفي اللعان لانتفائه .

وذكر القاضي في المجرّد : أن من لايجب الحدّ بقذفها وهي الأمة ، والذميّة والمحدودة في الزنا ، لزوجها لعانها ، لنفي الولد خاصّةً ، وليس له لعانها لإسقاط القذف ، والتعزير ، لأن الحدّ لايجب ، واللعان إنّما يُشرع لإسقاط حَدّ أو نفي ولد ، فإذا لم يكن واحد منهما لم يُشرع اللعان .

ولنا : عموم قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) الآية ، ولأنّ اللعان يمين ، فلا يفتقر إلى ماشرطوه ، كسائر الأيمان ، ودليل أنه يمين قول النبيّ ﷺ : « لَوْلاَ الأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » وأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ، ويستوي فيه الذكر والأنثى .

وأما تسميته شهادةً فلقوله في يمينه « أَشْهَدُ بِاللهِ » ، فسمّي ذلك شهادة ، وإن كان يميناً كما قال الله تعالى : (إِذَا جَاءكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ) ولأن الزوج يحتاج إلى نفي الولد ، فيُشرع له طريق إلى نفيه ، كما لو كانت امرأته ممن يحدّ بقذفها . وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة . وما يخالفها شاذّ في النقل .

وأما قول الخِرَقيّ : إذا قذف زوجته البالغة الحرّة المسلمة . فيحتمل أنه شرط هذا لوجوب الحد عليه، لالنفي اللّعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة ، لتكون ممن يجب عليه الحدّ بقذفها ، فينفيه باللعان ، ولا يُشترط في الزوج شيء من ذلك ، لأن الحدّ يجب عليه بقذف المُحْصنة ، وإن كان ذميًّا ، أو فاسقاً . فأمّا قوله : مُسلماً كان أو كافراً . ففيه نظر ، لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة ، والكافر لايكون زوجاً لمسلمة ، فيحتاج إلى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين :

(أحدهما) أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته ، وإن كان كافراً ، فردّ ذلك إلى اللعان لا إلى الحدّ .

(الثانى) أنه أراد ما إذا أسلمت زوجتُه فقذفها فى عدتها ، ثم أسلم الزوج ، فإنه يُلاعن .

٦٢٣٤ فصـــــل

ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها ، أو غير مدخول بهـا ، فى أنه يُلاعنها . قال ابن المنـذر : أجمع على هذا كلّ من نحفظ عنه من علمـاء الأمصار ، منهم عطاء ، والحسن ، والشعبىّ ، والنخَعِىّ ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، ومالك ، وأهل المدينة والثورىّ ، وأهل العراق ، والشافعىّ بظاهر قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) . فإن كانت غير مدخول بها ، فلها نصف الصداق ، لأنها فرقة منه، كذلك قال الحسن ، وسعيد بن جبير ، وقتادة ، ومالك ، وفيه رواية أخرى : لاصداق لها ، لأن الفرقة حصلت بلعانهما جميعاً . فأشبه الفرقة لعيب فى أحدهما .

٦٢٣٥ فصـــــل

فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلالعان بينهما ، لأنه قولٌ تحصل به الفرقة ، ولا يصحّ من غير مكلّف ، كالطلاق أو يمينٌ ، فلا تصحّ من غـير المـكلّف ، كسائر الإيمان ، ولا يخلو غير المـكلّف من أن يكون الزوج ، أو الزوجة ، أو هما . فإن كان الزوج فله حالان .

(أحدهما) أن يكون طفلاً .

(والثانى) أن يكون بالغاً ، زائل العقل . فإن كان طفلاً لم يصحّ منه القذف ، ولا يلزمه به حدّ ، لأن القلم مرفوع عنه ، وقوله غـير مُعتبر . وإن أتت امرأته بولد نظرنا : فإن كان لدون عشر سنين لم يلحقهُ الولد ، ويكون منفيًّا عنه ، لأن العلم يُحيط به بأنه ليس منـه ، فإن الله عزّ وجلّ لم يُجْرِ العادة بأن يولد له لدون ذلك ، فينتفى عنه ، كالو أتت به المرأة لدون ستّة أشهر منذ تزوّجها .

وإن كان ابن عشر فصاعداً ، فقال أبو بكر : لا يلحق به ، إلا بعد البلوغ أيضاً ، لأن الولد لا يُخلق إلا من ماء الرجـل والمرأة ، ولو أنزل لبلغ . وقال ابن حامد : يلحق به . قال القاضى : وهو ظاهر كلام أحمد وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن الولد يلحق بالإمكان ، وإن خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولد لستّة أشهر من حين العقد لحق بالزوج ، وإن كان خلاف الظاهر ، وكذلك يُلحق به إذا أتت به لأربع سنين مع نُدرته . وليس له نفيه فى الحال ، حتى يتحقّق بلوغه بأحد أسباب البلوغ ، فله نفى الولد ، واستلحاقه . فإن قيل : فإذا ألحقتم به الولد فقد حكمتم ببلوغه ، فهلاّ سمعتم نفيه ، ولعانه ؟ قلنا : إلحاق الولد يكفى فيه الإمكان ، والبلوغ لا يثبت إلا بسبب ظاهر ، ولأن الحاق الولد به حقّ عليه ، واللعان حقّ له ، فلم يثبت

مع الشكّ . فإن قيل : فإن لم يكن بالغاً انتفى عنه الولد ، وإن كان بالغاً انتفى عنه اللعان . قلنـا : إلا أنه لايجوز أن يبتدىء اليمين مع الشكّ في صحتها ، فسقطت للشكّ فيها .

﴿ الثاني ﴾ إذا كان زائل العقل ، لجنون فلا حكم لقذفه ، لأن القـلم عنه مرفوع أيضاً ، وإن أتت امرأته بولد ، فنسبه لاحقٌ به لإمكانه ، ولاسبيل إلى نفيه مع زوال عقله ، فإذا عقل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه ، وإن ادّعى أنه ذاهب العقل حين قذفه ، وأنـكرت ذلك ، ولأحدهما بيّنة بما قال ثبت قوله ، وإن لم يكن لواحد منهما بينة ، ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله ، فالقول قولها مع يمينها . لأن الأصل والظـاهر الصحّة والسلامة ، وإن عُرفت حالة إفاقة جنون ولم تعرف له ، حالة إفاقة فالقول قوله مع يمينه . وإن عرفت له حالة جنون وحالة إفاقة ، ففيه وجهان .

﴿ أحدهما ﴾ القول قولهـا ، قال القاضي : هذا قياس قول أصحابنا في الملفوف إذا ضربه ، فقدّه ثم ادّعى أنه كان ميّتاً ، وقال الوليّ كان حيّاً .

﴿ الوجه الثاني ﴾ أن القول قوله ، لأن الأصل براءة ذمّته من الحدّ فلا يجب بالشك ، ولأن الحـدّ يسقُط بالشبهة . ولا يُشبه هذا الملفوف لأن الملفوف قد عُلم أنه كان حيّاً ، ولم يعلم منه ضدّ ذلك ، فنظيره في مسألتنا أنه يُعرف له حالة إفاقة ، ولا يُعلم منه ضدُّها ، وفي مسألتنا قد تقدَّم له حالة جنون ، فيجوز أن تـكون قد استمرّت إلى حين قذفه ، وأما إن كانت الزوجة غير مكلّفة فقذفها الزوج نظرنا : فإن كانت طفلةً لا يُجامع مثلها ، فلا حدَّ على قاذفها ، لأنه قولٌ يتيقّن كذبه فيه ، وبراءة عِرْضها منه ، فلم يجب به حدّ ، كما لو قال : أهلُ الدُّنيا زُناة ، ولـكنه يعزَّر للسبّ لاللقذف ، فلا يحتاج في التعزير إلى مطالبة لأنه مشروع لتأديبه ، وللإمام فعله إذا رأى ذلك ، فإن كانت يجامع مثلها ، كابنة تسع سنين فعليه الحـدُّ ، وليس لوليّها ، ولا لها المطالبة به حتى تبلغ ، فإذا بلغت فطالبت فلها الحدّ ، وله إسقاطه باللّعان ، وليس له لعانها قبل البلوغ ، لأن اللعان يُراد لإسقاط الحدِّ ، أو نفي الولد ، ولاحدَّ عليه قبل بلوغها ، ولا ولد فينفيه ، فإن أتت بولد حكم ببلوغها ، لأن الحمل أحد أسباب البلوغ ، ولأنه لا يكون إلا من نطفتها ، فمن ضرورته إنزالها ، وهو من أسباب بلوغها ، وإن قذف امرأته المجنونة بزناً أضافه إلى حال إفاقتها أو قذفها وهي عاقلة ثم جَنّتْ لم يـكن لها المطالبة ، ولا لوليّها قبل إفاقتها لأن هذا طريقه التشفّي ، فلا ينوب عنه الوليّ فيه ، كالقصاص فإذا أفاقت فلها المطالبة بالحدِّ ، وللزوج إسقاطه باللعان ، فإن أراد لعانها في حال جنونها ، ولا ولد ينفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة إليه ، لأنه لم يتوجّه عليه حدّ فيُسقطه ، ولا نسبٌ فينفيه ، وإن كان هناك ولد يُريد نفيه فالذي يقتضيه المذهبُ أنه لا يُلاعن ، ويلحقه الولد ، لأن الولد إنما ينتفي باللعان من الزوجين ، وهذه لا يصحّ منها لعان . وقد نصّ أحمد في الخَرْساء : أنَّ زوجها لا يلاعن ، فهذه أولى ،

وقال الخِرَقىّ فى العاقلة : لا يَعرض له حتى تطالبه زوجته ، وهذا قول أصحاب الرأى ، لأنها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه ، كالزوج ، ولأن لعان الزوج وحده لا ينتفى به الولد ، فلا فائدة فى مشروعيَّته وقال القاضى : له أن يلاعن لنفى الولد ، لأنه محتاج إلى نفيه ، فشُرِع له طريق إلى نفيه ، وقال الشافعىّ : له أن يلاعن ، وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد ، لدخوله فى عموم قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) ولأنه زوج مكلَّف ، قاذف لامرأته التى يولد لمثلها ، فكان له أن يلاعنها ، كما لو كانت عاقلة .

٦٢٣٦ فصــل

فأما الأخرس والخرساء ، فإن كانا غير معلومى الإشارة ، والكتابة ، فهما كالمجنونين ، فيما ذكرناه لأنه لا يتصوّر منهما لعان ، ولا يعلم من الزوج قذف ، ولا من المرأة مطالبة ، وإن كانا معلومَى الإشارة ، والكتابة ، فقد قال أحمد : إذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن ، لأنه لا تُعلم مطالبتها ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وأبى عُبَيد وأصحاب الرأى ، وكذلك ينبغى أن يكون فى الأخرس ، وذلك لأن اللعان لفظ يفتقر إلى الشهادة ، فلم يصحّ من الأخرس ، كالشهادة الحقيقيَّة ، ولأن الحدّ يُدرأ بالشبُهات ، والشهادة لنسبة صريحة ، كالنطق ، فلا يخلو من احتمال وتردّد ، فلا يجب الحدّ بها ، كما لا يجب على أجنبىّ بشهادته وقال القاضى ، وأبو الخطّاب : هو كالناطق فى قذفه ، ولعانه ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأنه لا يصحّ طلاقه فصحّ قذفه ، ولعانه ، كالناطق ، ويفارق الشهادة ، لأنه يمكن حصولها من غيره ، فلم تدع الحاجة إلى الأخرس ، وفى اللعان لا يحصُل إلا منه . فدعت الحاجة إلى قبوله منه كالطلاق ، والأول أحسن . لأن موجَب القذف وجوبُ الحدّ ، وهو يُدرأ بالشهادة ، ومقصود اللعان الأصلىّ نفى النسب ، وهو يثبت بالإمكان ، مع ظهور انتفائه ، فلا ينبغى أن يُشرع ماينفيه ، ولا مايوجب الحدّ مع الشبهة العظيمة ، ولذلك لم تقبل شهادته ، وقولهم : إن الشهادة تحصُل من غيره . قلنا : قد لاتحصل إلا منه ، لاختصاصه برؤية المشهود له أو إسماعه إياه .

٦٢٣٧ فصــل

فإن قذف الأخرس ، أو لاعن ، ثم تكلّم ، فأنكر القذف ، واللّعان لم يُقبل إنكاره للقذف . لأنه قد تعلّق به حقّ لغيره ، بحكم الظاهر ، فلا يُقبل إنكاره له ، ويقبل إنكاره للعان فيما عليه ، فيطالب بالحدّ ، ويلحقه النسب ، ولا تعود الزوجيَّة فإن قال : أنا ألاعن للحدّ ، ونفى النسب كان له ذلك ، لأنّه إنما لزمه بإقراره أنه لم يلاعن ، فإذ أراد أن يلاعن كان له ذلك .

٦٢٣٨ فصـــل

فإن قذفها وهو ناطق ، ثم خرس ، وأُيِسَ من نُطقه ، فحكمه حكم الأصليّ ، وإن رُجِيَ عودُ نُطقه ، وزوالُ خَرَسِه انتُظِر به ذلك ، ويُرجع فى معرفة ذلك إلى قول عَدْلين من أطباء المسلمين ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعىّ ، وذكر بعضهم أنه يلاعن فى الحالين بالإشارة ، لأن أُمامةَ بنتَ أبى العاصِ أُصْمِتَتْ فقيل لها : لفُلانٍ كذا ، ولفُلانٍ كذا ؟ فأشارت أنْ نَعَمْ ، فرأوا أنَّها وَصِيَّةٌ ، وهذا لاحُجَّة فيه ، لأنه لم يذكر مَنِ الراوى لذلك ، ولم يُعلم أنه قولُ مَنْ قولُه حُجَّة ، ولا عُلِم هل كان ذلك الخرَسِ يُرْجَى زوالُه ، أولا ؟ وقال أبو الخطاب ، فيمن اعتُقِل لسانه ، وأُيِسَ من نُطقه هل يصحّ لعانه بالإشارة ؟ على وجهين .

٦٢٣٩ فصـــل

وكلّ موضع لالعان فيه فالنسبُ لاحق فيه ، ويجب بالقذف موجَبُه من الحدّ ، والتعزير ، إلا أن يكون القاذف صبيًّا ، أو مجنونًا ، فلاضربَ فيه ، ولا لِعانَ ، كذلك قال الثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، وقال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم .

٦١٤٠ الفصل الثانى

أنه لالعان بين غير الزوجين ، فإذا قذف أجنبيّة مُحْصَنَةً حُدّ ، ولم يلاعن ، وإن لم تكن مُحْصَنَةً عُزِّرَ ، ولا لعان أيضًا ، ولا خلاف فى هذا ، وذلك لأن الله تعالى قال (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً) ثم خَصّ الزوجات من عموم هذه الآية بقوله (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) ففيما عداهنّ يبقى على قضيّة العموم ، وإن ملك أمةً ، ثم قذفها فلا لعان ، سواء كانت فراشًا له ، أو لم تكن ، ولا حدّ عليه بقذفها ، ويُعزّر فإن أتت بولد نظرنا : فإن لم يعترف بوطئها لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ، وإن اعترف بوطئها صارت فراشًا له ، وإذا أتت بولد لمدّة الحمل من يوم الوطء لحقه . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وقال الثورىّ وأبو حنيفة : لا تصير فراشًا له ، حتى يُقِرّ بولدها ، فإذا أقرّ به صارت فراشًا له ، ولحقه أولادها بعد ذلك ، لأنها لو صارت فراشًا بالوطء لصارت فراشًا بإباحته ، كالزوجة .

ولنا : أن سعدًا نازع عبد بن زَمْعَةَ فى ابن وليدة زَمْعَةَ ، فقال : هو أخى ، وابنُ وليدة أبى ، وُلِد على فراشه ، فقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم « هُوَ لَكَ يَاعَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » متفق عليه .

وروى ابن عمر عن عمر رضى الله عنه قال: مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَؤُونَ وَلَائِدَهُمْ ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ؟ لَا تَأْتِينِي وَلِيـدَةٌ يَعترفُ سَيِّدُها أَنَّهُ أَلَمَّ بِهَا إِلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا ، فَاعْزِلُوا بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوِ اتْرُكُوا . ولأنّ الوطء يتعلّق به تحريم المصاهرة ، فإذا كان مشروعاً صارت به المرأة فراشاً ، كالنكاح ، ولأن المرأة إنما سمّيت فراشاً تجوّزاً ، إما لمضاجعته لها على الفراش ، وإمّا لكونها تحته فى حال المجامعة ، وكلا الأمرين يحصُل فى الجماع ، وقياسهم الوطء على الملك لا يصحّ . لأن الملك لايتعلّق به تحريم المصاهرة ، ولا يحصُل منه الولد بدون الوطء ، ويفارق النكاح ، فإنه لا يراد للوطء ، ويتعلّق به تحريم المصاهرة ، ولا ينعقد فى محلّ يحرُم الوطء فيه ، كالمجوسيّة ، والوثنيّة ، وذواتى محارمه .

إذا ثبت هذا : فإن أراد نفى ولد أمته التى يلحقه ولدها ، فطريقه أن يدّعى أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة ، فينتفى بذلك ، وإن ادّعى أنه كان يعزل عنها لم ينتفِ عنه بذلك ، لما روَى جابر قال : جاء رجلٌ من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن لى جارية ، وأنا أطوفُ عليها ، وأنا أكره أن تحمِل ، فقال « اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فإنه سَيَأْتِيهَا مَاقُدِّرَ لَهَا » قال : فلبث الرجل ، ثم أتاه ، فقال : إن الجاريةَ قد حملت ، قال : « قَدْ أَخْبَرْتُكَ أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَاقُدِّرَ لَهَا » رواه أبو داود ، ورُوى عن أبى سعيد أنه قال : كنتُ أعزِلُ عن جَارِيَتِى ، فولَدَتْ أَحَبَّ الْخَلْقِ إلىّ ، يعنى ابنه ، ولحديث عمر الذى ذكرناه ، ولأنه حكم تعلّق بالوطء ، فلم يُعتبر معه الإنزال ، كسائر الأحكام . وقد قيل : إنه ينزل من الماء مالا يحسّ به ؛ وإن أقرّ بالوطء دون الفرج ، أو فى الدبر ، لم تصر بذلك فراشاً ، لأنه ليس بمنصوص عليه ؛ ولا فى معنى المنصوص ؛ ولأنه ينتفى عنه الولد بدعوى الاستبراء ، إذا أتت به بعد الاستبراء بمدّة الحمل ، فههنا أولى ، وروى عن أحمد أنها تصير فراشاً ، لأنه قد يجامع ؛ فيسبقُ الماء إلى الفرج . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

وإذا ادّعى الاستبراء قُبِلَ قولُه بغير يمين ، فى أحد الوجهين ، لأن من قُبِل قوله فى الاستبراء ، قُبِل بغير يمين ، كالمرأة تدّعى انقضاء عدّتها ، وفى الآخر يُستحلف ، وهو مذهب الشافعىّ ، لعموم قوله عليه السلام « وَلَـكِنِ الْيَمِينُ عَلَى المدَّعَى عَلَيْهِ » ولأن الاستبراء غير مختصّ به ، فلم يقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق ، بخلاف العدّة ، ومتى لم يدّع الاستبراء لحقه ولدها ، ولم ينتف عنه ، وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : له نفيه باللعان ، لأنه لم يرض به ، فأشبه ولد المرأة .

ولنا : قوله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) فخصّ بذلك الأزواج ، ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة ، فلم يملك نفيه باللعان ، كما لو وطىء أجنبيّة بشُبهة ، فألحقت القَافَةُ ولدها به ، ولأن له طريقاً إلى نفى الولد بغير اللعان ، فلم يحتج إلى نفيه باللعان ، فلا يُشرع ؛ ولأنه إذا وطىء أمته ، ولم يستبرئها ،

فأتت بولد احتمل أن يكون منه ، فلم يجزله نفيه ؛ لـكون النسب يلحق بالإمكان ، فـكيف مع ظهور وجود سببه ؟ ولو ادّعى الاستبراء فأتت بولدين ، فأقرّ بأحدهما ؛ ونفى الآخر لحقاه معاً ، لأنه لا يمـكن جعل أحدهما منه ، والآخر من غـيره وهما حمل واحـد ، ولا يجوز نفى الولد المقرّ به عنه مع إقراره به ، فوجب إلحاقهما به معاً ، وكذلك إن أتت أمته التى لم يعترف بوطئها بتوأمين ، فاعترف بأحـدهما ، ونفى الآخر .

٦٢٤١ فصـــل

وإذا نـكح امرأةً نـكاحاً فاسداً ، ثم قذفها ، وبينهما ولد يُريد نفيه فله أن يُلاعن لنفيه ، ولا حدّ عليـه ، وإن لم يـكن بينهما ولد حُدّ ، ولا لعان بينهما ، وبهـذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفـة : يلحقه الولد ، وليس له نفيـه ، ولا اللعان ، لأنهـا أجنبيّـة ، فأشبهت سائر الأجنبيّات ، أو إذا لم يكن بينهما ولد .

ولنا : أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح ، فـكان له نفيه ، كما لو كان النـكاح صحيحاً ، ويفارق إذا لم يكن ولد ، فإنه لاحاجةَ إلى القذف ، لـكونها أجنبيّـة ، ويُفارق سائر الأجنبيّات ، لأنه لا يلحقه ولدهنّ ، فلا حاجة به إلى قذفهنّ ، ويُفارق الزوجة ، فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد ، لـكونها خانته ، وغاظته ، وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منهـا ولد ، فالحاجة موجودة فيهما ، وإذا لاعن سقط الحـدّ ، لأنه لعان مشروع لنفى الحدّ فأسقط الحدّ ، كاللعان فى النـكاح الصحيح ، وهل يثبت التحريم المؤبّد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يثبتُ ، لأنه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة .

(والثانى) لا يثبتُ ، لأن الفرقة لم تحصُل به ، فإنّه لا نـكاح بينهما يحصُل قطعه به ، بخلاف لعان الزوجة ، فإن الفرقة حصلت به ، ولو لاعنها من غير ولد لم يسقُط الحدّ ، ولم يثبت التحريم المؤبّد ، لأنه لعان فاسد ، فلم تثبت أحكامه ، وسواء اعتقد أن النـكاح صحيح ، أو لم يعتقد ذلك ، لأن النـكاح فى نفسه ليس بنـكاح صحيح ، فأشبه ما لو لاعن أجنبيّة يظنّها زوجته .

٦٢٤٢ فصـــل

فلو أبان زوجته ، ثم قذفها بزناً أضافه إلى حال الزوجيّة ، فهى كالمسألة قبلهـا ، إن كان بينهما ولد يُريد نفيـه ، فله أن ينفيـه باللعان ، وإلا حدّ ، ولم يلاعن ، وبهـذا قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يحدّ ، ويلحقه الولد ، ولا يُلاعن ، وهو قول عطاء ، ووجه المذهبين ماتقدّم فى التى قبلها .

وقال عثمان البتّى : له أن يُلاعن ، وإن لم يكن بينهما ولد . وروى عن ابن عبّاس والحسن : أنه يُلاعنها ، لأنه قذف مُضاف إلى حال الزوجية ، أشبه مالو كانت زوجته .

ولنا : أنه إذا كان بينهما ولد كان فيه حاجةٌ إلى القذف ، فشُرِع ، كما لو قذفها وهى زوجتُه ، وإذا لم يكن له ولد فلاحاجة به إليه ، وقد قذفها وهى أجنبيَّة فأشبه ما لو لم يُضفه إلى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لنفى ولدها انتفى وسقط عنه الحدّ ، وفى ثبوت التحريم المؤبّد وجهان ، وهل له أن يُلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان :

﴿ أحدهما ﴾ له ذلك ، لأن من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانُها قبله كالزوجة .

﴿ والثانى ﴾ ليس له ذلك ، وهو ظاهر قول الخِرَقىّ . لأن الولد عنده لاينتفى فى حال الحمل ، ولأن اللعان إنما يثبُت ههنا لأجل الولد ، فلم يجُز أن يلاعن إلا بعد تحقُّقه بوضعه بخلاف الزوجة ، فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد ، وهكذا الحكم فى نفى الحمل فى النكاح الفاسد .

٦٢٤٣ فصـــل

إذا اشترى زوجته ، الأمة ثم أقرّ بوطئها ، ثم أتت بولد لستَّة أشهر كان لاحقاً به ، ولم ينتف عنه إلا بدعوى الاستبراء . لأنه ملحق به بالوطء فى الملك دون النكاح ، لكون الملك حاضراً ، فصار كالزوج الثانى يلحق به الولد ، وإن أمكن أن يكون من الأول ، وإن لم يكن أقرّ بوطئها ، أو أقرّ به فأتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطىء كان ملحقاً بالنكاح ، إن أمكن ذلك ، وله نفيه باللعان ، وهل يُثبِت هذا اللعانُ التحريمَ المؤبّد ؟ على وجهين .

٦٢٤٤ فصـــل

إذا قذف مطلَّقته الرجعيّة فله لعانها ، سواء كان بينهما ولد ، أو لم يكن . قال أبو طالب : سألتُ أبا عبد الله عن الرجل يُطلِّق تطليقةً أو تطليقتين ثم يقذفها ، قال : قال ابن عباس : لا يُلاعن ويُجْلَد ، وقال ابن عمر : يُلاعن مادامت فى العِدّة . وقال : وقول ابن عمر أجْوَدُ لأنها زوجتُه ، وهو يرِثُها وترِثُه فهو يُلاعن ، وبهذا قال جابر بن زيد ، والنخَعىّ والزهرىّ وقُتادة والشافعىّ وإسحاق وأبو عُبيدة وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ورُوى ذلك عن ابن عمر ، لأن الرجعيّة زوجة ، فكان له لعانها ، كما لو لم يطلِّقها .

٦٢٤٥ فصـــل

وإن قذف زوجته ، ثم أبانها فله لعانها . نصّ عليه أحمد ، سواء كان له ولد أو لم يكن . ورُوى ذلك

عن ابن عباس ، وبه قال الحسن ، والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعيّ وأبو عُبَيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال الحارث العُكْليّ وجابر بن زيد وقتادة والحكَم : يُجلد . وقال حمَّاد بنأبى سُليمان ، وأصحاب الرأى : لاحدَّ ولا لعان ، لأن اللعان إنما يكون بينالزوجين ، وليس هذان بزوجين ، ولا يحدّ لأنه لم يقذف أجنبيّةً .

ولنا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) وهذا قد رمى زوجته ، فيدخل فى عموم الآية، وإذا لم يلاعن وجب الحدّ بعموم قوله : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)[1] ولأنه قاذف لزوجته ، فوجب أن يكون لهأن يلاعن ، كما لو كانا علىالنكاح إلى حالة اللعان .

٦٢٤٦ فصـــل

وإن قالت : قذفنىقبل أنيتزوّجنى ، وقال : بل بعده ، أو قالت : قذفنى بعد مابنتُ منه ، وقال : بل قبله ، فالقول قوله ، لأن القول قوله فى أصلالقذف ، فكذلك فى وقته . وإن قالت أجنبية : قذفنى ، فقال : كنتِ زوجتِى حينئذٍ فأنكرت الزوجيّة ، فالقولُ قولها ، لأن الأصل عدمها .

٦٢٤٧ فصـــل

ولو قذف أجنبيّة ، ثم تزوّجها فعليه الحدّ ، ولا يُلاعن ، لأنه وجب فى حال كونها أجنبيّة ، فلم يملك اللعان من أجله ، كالو لم يتزوّجها ، وإن قذفها بعد تزوّجها بزناً أضافه إلى ماقبل النكاح حُدَّ ، ولم يلاعن ، سواء كان ثَمّ ولد ، أو لم يكن ، وهو قول مالك ، وأبى ثور . ورُوى ذلك عن سعيد بن المسيّب ، والشعبيّ . وقال الحسن وزُرَارَةُ بن أبى أوفى ، وأصحاب الرأى : له أن يلاعن ، لأنه قذف امرأته ، فيدخل فىعموم قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) ولأنه قذف امرأته ، فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه إلى ماقبلالنكاح. وحكىالشريف أبو جعفر ، عن أحمد روايةً أخرى كذلك ، وقال الشافعيّ : إن لم يكن ثَمّ ولد لم يُلاعن وإن كان بينهما ولد ففيه وجهان .

ولنا : أنه قذفها قذفاً مضافاً إلى حال البينونة ، أشبه مالو قذفها وهى بائن ، وفارق قذف الزوجة ، لأنه محتاج إليه ، لأنها غاظته ، وخانته ، وإن كان بينهما ولد فهو محتاج إلى نفيه ، وههنا إذا تزوّجها وهو يعلم زناها فهو المفرّط فى نكاح حامل من الزنا ، فلا يُشرع له طريقٌ إلى نفيه .

---

(١) بعض الآية ٤ من سورة النور .

٦٢٤٨ فصـــل

ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً يازانية ، فنقل مهنا قال : سألت أحمد عن رجل قال لامرأته : أنت طالق يا زانية ثلاثاً ، فقال : يُلاعن . قلت : إنهم يقولون : يُحدّ ، ولا يلزمها إلا واحدة . قال : بئس ما يقولون ، فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم ببينونتها ، فأشبه قذف الرجعيّة .

وأما في المسأله الأولى : فإن كان بينهما ولد فإنه يُلاعن لنفيه ، وإلا حدّ ، ولم يُلاعن ، لأنه يتعيّن إضافة القذف إلى حال الزوجية ، لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها ، فصار كأنه قال بعد إبانتها : زَنَيْتِ إذْ كُنْتِ زوجتي ، على ما قررناه .

٦٢٤٩ الفصل الثالث

أن كلّ قذف للزوجة يجب به اللعان ، سواء قال لهـا : زنيتِ ، أو رأيتك تزنينَ ، سواء كان القاذف أعمى ، أو بصيراً . نصّ عليه أحمد ، وبهذا قال الثوريّ ، والشافعيّ ، وأبو عبَيد ، وأبو ثور ، وهو قول عطاء . وقال يحيى الأنصاريّ ، وأبو الزناد ، ومالك : لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين : إما رؤية ، وإما إنكار للحمل ، لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أميَّة ، وكان قال : رأيتُ بِعَيْنِي وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي ، فلا يثبُت اللعان إلا في مثله .

ولنـا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) الآية . وهـذا رامٍ لزوجته ، فيدخل في عموم الآية ، ولأن اللعان معنًى يَتَخَلَّصُ به من موجب القذف ، فيُشرع في حقّ كلّ رامٍ لزوجته ، كالبينة ، والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ، ثم لم يعملوا به في قوله ، وسمعتُ بأذني ، وسواء قذفها بزنًا في القُبل ، أو في الدُّبر ، وبهـذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر ، وبناه على أصله في أن ذلك لايجب به الحدّ .

ولنـا : أنه رامٍ لزوجته بوطء في فرجها ، فأشبه مالو قذفها بالوطء في قُبلها ، وأما إن قذفها بالوطء دون الفرج ، أو بشيء من الفواحش غير الزنا ، فلا حدّ عليه ، ولا لعان ، لأنه قذفها بما لا يجب به الحدّ فلم يثبت به الحدّ ، واللعان ، كما لو قذفها بضرب الناس وأذاهم .

٦٢٥٠ الفصل الرابـع

أنه إذا قذف زوجته المُحْصَنَة وجب عليه الحدُّ ، وحُكم بفسقه ، وردّ شهادته ، إلا أن يأتي ببيِّنة ، أو يلاعن : فإن لم يأت بأربعة شهداء ، أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كلُّه ، وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : يجب اللعـان دون الحدّ ، فإن أبى حُبس حتى يُلاعن ، لأن الله تعالى قال : (وَالَّذِينَ

يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ) الآيات . فلم يوجب بقذف الأزواج إلا اللعان .

ولنا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) وهذا عامّ فى الزوج وغيره ، وإنما خصّ الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة فى نفى الحدّ ، والفسق ، وردّ الشهادة عنه ، وأيضاً قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « الْبَيِّنَةُ وَإِلَّا حَدٌّ فِى ظَهْرِكَ » وقوله لمن لاعن : عذابُ الدّنيا أهونُ من عذاب الآخرة ، ولأنّه قاذف يلزمه الحدّ لو أكذبَ نفسه ، فلزمه إذ لم يأت بالبيّنة المشروعة ، كالأجنبىّ ، فأمّا إن قذف غيرها ، كالكتابيّة ، والأمَةِ ، والمجنونة ، والطِّفلة ، فإنه يجب عليه التعزير بذلك ، لأنه أدخل عليهنّ المعرّة بالقذف ، ولا يحدّ لهنّ حداً كاملاً ، لنقصانهنّ بذلك ، ولا يتعلّق به فسق ، ولا ردّ شهادة ، لأنه لا يوجب الحدّ ، قال القاضى : وليس له إسقاط هذا التعزير باللعان ، لأن اللعان إما لنفى النسب ، أو لدرء الحدّ ، وليس ههنا واحد منهما ، وقال الشافعىّ : له إسقاطه باللعان ، لأنه إذا ملك إسقاط الحدّ الكامل باللعان فإسقاط مادونه أولى ، وللقاضى أن يقول : لا يلزم من مشروعيته لدفع الحدّ الذى يعظُم ضرره مشروعيّته لدفع مايقلّ ضرره ، كما لو قذف طِفْلَةً لا يتصوّر وطؤها ، فإنه يعزّر تعزيرَ السبِّ ، والأذى ، وليس له إسقاطه باللعان ، كذا ههنا . وأما إن كان لأحد هؤلاء ولد يُريد نفيه ، فقال القاضى : له أن يلاعن لنفيه ، وهذا قول الشافعىّ ، وهو ظاهر كلام أحمد فى الأمَةِ ، والكتابية ، سواء كان لهما ولد ، أو لم يكن . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

٦٢٥١ مسألة

قال ﴿ ولا يُعرض له حتّى تطالبه زوجته ﴾

يعنى لا يُتعرّض له بإقامة الحدّ عليه ، ولا طلب اللعان منه ، حتّى تطالبه زوجتُه . بذلك ، فإنّ ذلك حقٌّ لها ، فلا يُقام من غير طلبها ، كسائر حقوقها . وليس لوليّها المطالبة عنها إن كانت مجنونةً ، أو محجوراً عليها ، ولا لولىّ الصغيرة ، وسيّد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلهما . لأن هذا حقٌّ ثبت للتشفى فلا يقوم الغير فيه مقام المستحِقّ ، كالقصاص ، فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا : فإن لم يكن هناك نسب يُريد نفيه لم يكن له أن يُلاعن ، وكذلك كلّ موضع سقط فيه الحدُّ ، مثل أن أقام البيّنة بزناها ، أو أبرأته من قذفها ، أو حُدَّ لها ، ثمّ أراد لعانها ، ولا نسب هناك يُنفَى ، فإنه لا يُشرع اللعان وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا بعض أصحاب الشافعىّ ، قالوا : له الملاعنة لإزالة الفراش ، والصحيح عندهم مثلُ قول الجماعة ، لأن إزالة الفراش تُمكنه بالطلاق ، والتحريم المؤبَّد ليس

بمقصود يُشرع اللعان من أجله، وإنما حصل ذلك ضمناً . فأمّا إن كان هناك ولد يُريد نفيه، فقال القاضى : له أن يلاعن لنفيه ، وهـذا مذهبُ الشافعىّ ، لأن هلال بن أميّة لمّا قذف امرأته ، وأتى النبىّ صلى الله عليـه وسلم فأخبره أرسل إليهـا ، فلاعن بينهما ، ولم تـكن طالبته ، ولأنه محتاج إلى نفيه ، فشُرِع له طريقٌ إليه ، كما لو طالبته ، ولأن نفى النسب الباطل حقٌّ له ، فلا يَسقُط برضاها به ، كما لو طالبت باللعان، ورضيت بالولد . ويحتمل أن لا يُشرع اللعان ههنا ، كما لو قذفها ، فصدَّقته ، وهـو قول أصحاب الرأى ، لأنه أحد موجَبَى القذف فلا يُشرع مع عدم المطالبة كالحدّ .

٦٢٥١ فصـــــل

وإذا قذفها ثم مات قبل لعانهما ، أو قبل إتمام لعانه سقط اللعان ، ولحقه الولد ، وورثتـه فى قول الجميع . لأن اللعان لم يوجـد فلم يثبت حكمه . وإن مات بعـد أن أكمل لعانه ، وقبل لعانها فـكذلك ، وقال الشافعى : تَبِينُ بلعانه ، ويسقط التوارث ، وينتفى الولد ، ويلزمها الحدُّ إلا أن تَلْتَعِن .

ولنا : أنه مات قبل إكمال اللعان أشبه مالو مات قبل إكمال التعانه ، وذلك لأن الشرع إنما رتّب هذه الأحكام على اللعان التامّ ، والحـكم لا يثبت قبل كمال سببه . وإن ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ، ويرثها فى قول عامَّة أهل العـلم . ورُوى عن ابن عباس : إن التعن لم يرث ، ونحو ذلك عن الشعبىّ ، وعكرمة ، لأن اللعان يوجب فُرقةً تَبِينُ بها فيمنع التوارث كما لو التعن فى حياتها .

ولنـا : أنها ماتت على الزوجيَّة ، فورثها ، كما لو لم يلتعن ، ولأن اللعان سبب الفرقة ، فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق ، وفارق اللعان فى الحياة ، فإنه يَقطع الزوجيَّة ، على أننا قد ذكرنا أنه لو لاعنها ولم تلتعن هى لم تنقطع الزوجيَّة أيضاً ، فههنا أولى . فإن قيل : أليس قد قلتم : لو التعن من الولد الميّت ونفاه لم يرثه فـكذلك الزوجة ؟ قلنـا : لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ، ولم يثبت حكم اللعان ، على ماذكرنا ، ثمّ الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد تبيَّنّا أنه لم يكن منه أصلاً فى حال من الأحوال ، والزوجة قد كانت امرأتَه فيما قبل اللعان، وإنما يُزِيل نـكاحَها اللعانُ ، كما يزيله الطلاق. وإذا ماتت قبله فقد ماتت قبل وجود مايُزيله ، فيـكون موجوداً حال الموت ، فيوجب التوارث ، وينقطع بالموت ، فلا يمـكن انقطاعه مرّةً أخرى ، وإن أراد الزوج اللعان ، ولم تـكن طالبت بالحدّ فى حياتها لم يـكن له أن يلتعن ، سواء كان ثمّ ولد يُريد نفيه ، أو لم يكن . وقال الشافعىّ : إن كان ثمّ ولد يُريد نفيه فله أن يلتعن ، وهذا ينبنى على أصل ، وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، فإن لعان الرجل وحده لايَثبُت به حكم، وعندهم بخلاف ذلك ،فأما إن كانت طالبت بالحدِّ فى حياتها ، فإنَّ أولياءها يقومون فى الطلب به مَقامها ، فإن طولب به فله إسقاطه باللعان . ذكره القاضى ، وإلا فلا ، لأنه لاحاجة إليـه مع عدم الطلب ، فإنه لاحدّ عليه . وقال أصحاب الشافعىّ : إن كان للمرأة وارث غيرُ الزوج فله اللعان ، ليُسْقِط الحدّ عن نفسه ، وإلا فلا ، لعدم الحاجة إليه .

٦٢٥٢ فصل

وإذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحدّ سقط: ولم يكن لورثته الطلب به، وقال أصحاب الشافعيّ: يورثُ وإن لم يكن طالب به، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم: «مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ» ولأنه حقّ ثبت له فى الحياة يورَثُ إذا طالب به، فيورث وإن لم يطالب به، كحقّ القصاص.

ولنا: أنه حدٌّ تعتبر فيه المطالبة، فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب؛ كحدّ القطع فى السرقة. والحديث يدلّ على أن الحقّ المتروك يورث، وهذا ليس بمتروك. وأما حقّ القصاص فإنه حق يجوز الاعتياض عنه، وينتقل إلى المال، بخلاف مانحن فيه. فأما إن طالب به، ثم مات، فإنه ترثه العَصَبات من النسب، دون غيرهم، لأنه حق يثبت لدفع العار، فاختصّ به العَصَبَاتُ، كولاية النكاح. وهذا أحدُ الوجوه لأصحاب الشافعيّ. ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه، وإن طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه وإن عَفَا بعضُهم لم يسقُط، وكان للباقين استيفاؤه، ولو بقى واحد كان له استيفاء جميعه، لأنه حقّ يُراد للردْع، والزجْر، فلم يتبعّض، كسائر الحدود ولا يسقط بإسقاط البعض، لأنه يُراد لدفع العار عن المقذوف، وكلّ واحد من العَصَبَات يقوم مقامه فى استيفائه، فيثبُت له جميعه، كولاية النكاح، ويفارق حقّ القصاص، لأن ذلك يَفُوت إلى بدل، ولو أسقطناه ههنا لسقط حقّ غير العافى إلى غير بدل، فعلى هذا: لو قذف امرأته، فماتت بعد المطالبة ولها أحد من عَصَباتها غيرُه فله استيفاؤه، وإن كان زوجها عَصَبَتها وليس لها أحدٌ سواه سقط، وإن كان لها من عصبتها غيره فله الطلب به، ولا يسقُط بما ذكرنا من أنّه يكمّل لكلّ واحد، بخلاف القصاص.

٦٢٥٣ فصل

وإذا قذف امرأته وله بيّنة تشهد بزناها، فهو مخيَّر بين لعانها، وبين إقامة البيِّنة لأنهما بيِّنتان، فكانت له الخيرة فى إقامة أيّتهما شاء، كمن له بدَيْن شاهدان، وشاهد وامرأتان، ولأن كلّ واحدة منهما يحصُل بها مالا يحصُل بالأخرى، فإنه يحصل باللعان نفى النسب الباطل، ولا يحصُل ذلك بالبيِّنة، ويحصُل بالبيِّنة ثبوت زناها، وإقامة الحدّ عليها، ولا يحصُل باللعان، فإن لاعنها، ونفى ولدها، ثم أراد إقامة البينة، فله ذلك فإذا أقامها ثبت موجَب اللعان، وموجَبُ البينة، وإن أقام البينة أولا ثبت الزنا، وموجَبهُ، ولم ينتف عنه الولد، فإنّه لايلزم من الزنا كونُ الولد منه، وإن أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يُريد نفيه لم يكن له ذلك، لأن الحد قد انتفى عنه بإقامة البيِّنة، فلا حاجة إليه، وإن كان بينهما ولد يُريد نفيه فعلى قول القاضى له أن يلاعن، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

٦٢٥٤ فصل

وإن قذفها فطالبته بالحدّ، فأقام شاهدين على إقرارها بالزنا سقط عنه الحد، لأنه ثبت تصديقُها إيّاه

ولم يجب عليها الحد ، لأن الحد ، لايجب إلا بالإقرار أربعَ مرّات ، ويسقُط بالرجوع عن الإقرار ، وهل يثبت الإقرار بالزنا بشاهدين ؟ قال أبو بكر : فيه قولان :

(أحدهما) يثبت بشاهدين ، كسائر الأقارير ، واختاره .

(الثانى) لايثبت لأنه لايثبت به المقرّ به ، فلا يثبت به الإقرار به ، كرجل وامرأتين ، وإن لم تـكن له بيِّنة حاضرة فقال : لى بيِّنة غائبة أُقيمها على الزنا ، أُمْهل اليومين ، والثلاثة ، لأن ذلك قريب . فإن أتى بالبيِّنة وإلا حُدَّ ، إلا أن يُلاعن إذا كان زوجاً ، فإن قال : قذفتها وهى صغيرة ، فقالت : قذفنى وأنا كبيرة ، وأقام كلّ واحد منهما بيِّنة بما قال فهما قَذْفان ، وكذلك إن اختلف فى الـكفر ، والرقّ ، أو الوقت ، لأنه لاتنافِىَ بَينهما ، إلا أن يكونا مؤرّخَيْن تأريخاً واحداً ، فيَسْقُطَانِ فى أحد الوجهين : وفى الآخر يُقْرَعُ بينهما ، فمن خرجت قرعته قدّمت بيِّنته .

٦٢٥٥ فصـــل

فإن شهد شاهدان أنه قذف فلانة ، وقذفنا لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لها ، وشهادة العدوّ لاتُقبل على عدُوّه ، فإن أبرآه وزالت العداوة . ثم شهدا عليه بذلك القذف لم يُقبل . لأنها ردَّت للتهمة فلم تقبل بعد . كالفاسق إذا شهد ، فردَّت شهادته لفسقه ، ثم تاب ، وأعادها . ولو أنهما ادَّعيا عليه أنه قذفهما ، ثم أبرآه . وزالت العداوة ، ثم شهدا عليه بقذف زوجته قُبلت شهادتهما ، لأنهما لم يردَّا فى هذه الشهادة ، ولو شهدا أنه قذف امرأته ، ثم ادَّعيا بعد ذلك أنه قذفهما ، فإن أضافا دعواهما إلى ماقبل شهادتهما بطلت شهادتهما ، لاعترافهما أنه كان عدوًّا لهما حين شهدا عليه ، وإن لم يضيفاها إلى ذلك الوقت ، وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يُحكم بها ، لأنه لايُحكم عليه بشهادة عدوّين ، وإن كان بعد الحـكم لم يبطُل ، لأن الحـكم تَمَّ قبل وجود المانع ، كظهور الفسق ، وإن شهدا أنه قذف امرأته ، وأمَّنا لم تقبل شهادتهما لأنها ردَّت فى البعض للتهمة ، فوجب أن تردَّ للـكلّ ، وإن شهد على أبيهما أنَّه قذف ضَرَّةَ أُمِّهما قبلت شهادتهما ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفـة ، والشافعىّ فى الجديد ، وقال فى القـديم : لاتُقبل . لأنهما يجرّان إلى أمِّهما نفعاً ، وهو أنه يُلاعنها فتَبِينُ ، ويتوَفَّر على أمِّهما ، وليس بشىء ، لأن لعانه لها ينبنى على معرفته بزناها ، لاعلى الشهادة عليه بما لايعترف به . وإن شهدا بطلاق الضَّرَّة ففيه وجهان :

﴿ أحدهما ﴾ لاتقبل ، لأنهما لا يجران إلى أمهما نفعاً ، وهو توفيره على أمِّهما .

﴿ والثانى ﴾ تقبل ، لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً .

٦٢٥٦ فصـــل

ولو شهد شاهد أنه أقرّ بالعربيَّة أنه قذفها ، وشهد آخر : أنَّه أقرّ بذلك بالعجمية تمّت الشهادة ، لأن

الاختلاف فى العربيّة والعجميّة عائد إلى الاقرار ، دون القذف ، ويجوز أن يـكون القذف واحـداً ، والاقرار به فى مرّتين ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقرّ يوم الخميس بقذفها ، وشهد آخر أنه أقرّ بذلك يوم الجمعة تمّت الشهادة ، لمـا ذكرناه ، وإن شهد أحـدهما أنه قذفهـا بالعربيّة ، وشهد الآخر أنه قذفها بالعجميّة ، أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه أقرّ أنه قذفهـا بالعربية ، أو بالعجمية ، أو شهد أحـدهما أنه أقرّ أنه قذفها بالعربيـة ، أو يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقرّ أنه قذفها بالعجمية ، أو يوم الجمعة ، أو يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه قذفهـا يوم الجمعة ففيه وجهان .

(أحدهما) تـكمل الشهادة ، وهو قول أبى بـكر ، ومذهب أبى حنيفـة ، لأن الوقت ليس ذكره شرطاً فى الشهادة بالقذف ، وكذلك اللسان فلم يؤثّر الاختلاف ، كما لو شهد أحـدهما أنّه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية ، وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية .

(والآخر) لا تـكمل الشهادة ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأنهما قَذْفانِ لم تتمّ الشهادة على واحد منهما فلم تثبت ، كما لو شهد أحـدهما أنه تزوّجها يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه تزوّجهـا يوم الجمعة ، وفارق الاقرارَ بالقذف ، فإنّه يجوز أن يكون المقرّ به واحداً أقرّ به فى وقتين بلسانين .

٦٢٥٧ مسألة

قال ﴿ فمتى تلاعنا وفرّق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً ﴾

فى هذه المسألة مسألتان .

٦٢٥٨ إحداهما

أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصُل إلا بلعانهما جميعاً ، وهل يُعتبر تفريق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان :

(إحداهما) أنه معتبر ، فلا تحصـل الفرقة ، حتى يفرق الحاكم بينهما ، وهو ظاهر كلام الخِرَقىّ ، وقول أصحاب الرأى ، لقول ابن عبّاس فى حديثه ، ففرّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وهذا يقتضى أن الفُرقة لم تحصُل قبله ، وفى حديث عُوَيمر قال : كذبتُ عليها يارسول الله إن أمسكتُها ، فطلّقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهـذا يقتضى إمكان إمساكها ، وأنه وقع طلاقُه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ، ولا أمـكنه إمساكها ، ولأن سبب هـذه الفرقة يقف على الحاكم ، فالفُرقة المتعلّقة به لم تقع إلا بحكم الحاكم ، كفُرقة العُنّةِ .

﴿ والرواية الثانية ﴾ تحصُل الفرقة بمجرّد لعانهما ، وهى اختيار أبى بكر ، وقول مالك ، وأبى عُبَيد عنه ، وأبى ثور ، وداود ، وزُفَر ، وابن المنذر ، ورُوى ذلك عن ابن عباس ، لما رُوى عن عمر رضى الله

عنه أنه قال « الْمُتَلَاعِنَانِ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا وَلَا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً » رواه سعيد ، ولأنه معنًى يقتضى التحريم المؤبّد ، فلم يقف على حكم الحاكم ، كالرضاع ، ولأن الفرقة لو لم تحصُل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه ، كالتفريق للعيب، والإعسار ، ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرّق بينهما أن يبقى النكاحُ مستمراً ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا » يدلّ على هذا ، وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة ، وعلى كلتا الروايتين لا تحصُل الفرقة قبل تمام اللعان منهما .

وقال الشافعيّ رحمه الله تعالى : تحصُل الفرقة بلعان الزوج وحده ، وإن لم تلتعن المرأة ، لأنها فرقة حاصلة بالقول ، فتحصُل بقول الزوج وحده ، كالطلاق ، ولا نعلم أحداً وافق الشافعيّ على هذا القول ، وحُكى عن البتّى : أنه لا يتعلّق باللعان فرقة ، لما رُوى « أَنَّ الْعَجْلَانِيَّ لَمَّا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثاً ، فَأَنْفَذَهُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وَلَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ لَمَا نَفَذَ طَلَاقُهُ ، وكلا القولين لا يصحّ ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم فرّق بين الْمُتَلَاعِنَيْنِ » رواه عبد الله بن عمر ، وسهل بن سعد ، وأخرجهما مسلم ، وقال سهل : فكانت سنّةً لمن كان بعدهما أن يفرّق بين المتلاعنين ، وقال عمر « الْمُتَلَاعِنَانِ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً » .

وأما القول الآخر : فلا يصحّ ، لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ، ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما ، وإنما فرق النبيّ صلى الله عليه وسلم بينهما بعد تمام اللعان منهما ، فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكّم يخالف مدلول السنّة ، وفعل النبيّ صلى الله عليه وسلم ، ولأن لفظ اللعان لا يقتضى فُرقةً ، فإنه إما أيمانٌ على زناها ، أو شهادةٌ بذلك ، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصُل التفريق ، وإنما ورد الشرع به بعد لعانهما ، فلا يجوز تعليقه على بعضه ، كما لم يجُز تعليقه على بعض لعان الزوج ، ولأنه فسخ ثبت بأَيْمان مختلِفَيْن ، فلم يثبت بيمين أحدهما ، كالفسخ لتحالف الْمُتبايِعَيْن عند الاختلاف ، ويبطل ماذكروه بالفسخ بالعيب ، أو العتق ، وقول الزوج : اختارى ، وأمرُك بيدك ، أو وهَبْتُك لأهلك ، أو لنفسك ، وأشباه ذلك كثير .

إذا ثبت هذا : فإن قلنا: إن الفرقة تحصُل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما ، وإن قلنا : لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجُز له أن يفرّق بينهما إلا بعد كمال لعانهما .

فإن فرّق قبل ذلك كان تفريقه باطلاً ، وجوده كعدمه ، وبهذا قال مالك ، وقال الشافعيّ : لا تقع الفرقة حتى يُكمِّل الزوج لعانه ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن : إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كلّ واحد منهما ثلاثَ مرّات أخطأ السنّة ، والفرقة جائزة ، وإن فرّق بينهما بأقلَّ من ثلاثٍ فالفرقة باطلة ، لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر ؛ فيتعلَّق الحكم به .

ولنا : أنه تفريق قبل تمام اللعان ، فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث ، أو قبل لعان المرأة ، ولأنها أيمان مشروعة لا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالإجماع ، فإذا حكم لم يصح حكمه ، كأيمان المختلفين في البيع ، وكما قبل الثلاث ، ولأن الشرع إنما ورد بالتفرق بعد كمال السبب ، فلم يجز قبله كسائر الأسباب . وما ذكروه تحكم لا دليل عليه ولا أصل له ، ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة ، أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها ، وبالمسابقة إذا قال : من سبق إلى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة ، وبسائر الأسباب . فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرّق بين المتلاعنين ، ولم يستأذنهما . وروى مالك عن نافع عن ابن عمر : أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، فألحق الولد[1] بالمرأة . وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال: شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرّق[2] بين المتلاعنين . أخرجهما سعيد . ومتى قلنا : إن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم ، فلم يفرق بينهما ، فالنكاح باق بحاله ، لأن ما يبطل النكاح لم يوجد ، فأشبه ما لو لم يلاعن .

٦٢٥٩ فصـــل

وفرقة اللعان فسخ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هي طلاق ، لأنها فرقة من جهة الزوج ، تختص النكاح ، فكانت طلاقاً كالفرقة بقوله : أنت طالق .

ولنا : أنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً ، فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ، ولا نوى به الطلاق ، فلم يكن طلاقاً كسائر ما ينفسخ به النكاح ، ولأنه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة .

٦٢٦٠ فصـــل

وذكر بعض أهل العلم : أن الفرقة إنما حصلت باللعان ، لأن لعنة الله وغضبه قد وقع بأحدهما لتلاعنهما ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال[3] عند الخامسة : « إنها الموجبة » أي : إنها توجب لعنة الله وغضبه ، ولا نعلم من هو منهما يقيناً ، ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون ، فيعلو امرأة غير

إلى هنا انتهى تحقيق الأستاذ طه الزيني ، وبدأ تحقيق الأستاذ محمود فايد ، والأستاذ عبد القادر عطا .

(١) رواه الجماعة عن ابن عمر . (ف)

(٢) في رواية اتفق عليها البخاري ومسلم من رواية سهل بن سعد ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ذاكم التفريق بين كل متلاعنين » . (ف)

(٣) عن ابن عباس رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أن يضع يده عند الخامسة على فيه وقال : إنها الموجبة » رواه أبو داود والنسائي ورجاله ثقات . (ف)

ملعونة ، وهذا لايجوز ، كما لايجوز أن يعلو المسلمة كافر . ويمكن أن يقال على هذا : لو كان هذا الاحتمال مانعاً من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها ، فإن هـذا الاحتمال متحقق فيه . ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة ، والغضب بأحدهما غير معين ، فيفضى إلى علو ملعون لغير ملعونة ، أو إلى إمساكه للملعونة مغضوب عليها . ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه ، فإن الرجل إن كان صادقاً فقد أشاع فاحشتها ، وفضحها على رءوس الأشهاد ، وأقامها مقـام خزى ، وحقق عليها اللعنة والغضب ، وقطع نسب ولدها . وإن كان كاذباً فقد أضاف إلى ذلك بَهْتَهَا ، وقذفها بهذه الفرية العظيمة . والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبته على رءوس الأشهاد ، وأوجبت عليه لعنة الله . وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه ، وخانته فى نفسها ، وألزمته العار والفضيحة ، وأحوجته إلى هذا المقام المخزى ، فحصل لـكل واحـد منهما نفرة من صاحبه لما حصل إليه من إساءته ، لايكاد يلتئم معها حال ، فاقتضت حـكمة الشارع الحكام الفرقة بينهما ، وإزالة الصحبة المتمحضة مفسدة ، ولأنه إن كان كاذباً عليها فلاينبغى أن يسلط على إمساكها ، مع ما صنع من القبيح إليهـا . وإن كان صادقاً فلاينبغى أن يمسكها مع علمه بحالها ، ولهذا قال العجلانى : كذبت[1] عليها إن أمسكتها .

٦٢٦١ المسألة الثانية

أنها تحرم عليه باللعان تحريماً مؤبداً ، فلا تحل له ، وإن أكذب نفسه فى ظاهر المذهب . ولاخلاف بين أهل العلم فى أنه إذا لم يكذِّب نفسه لا تحل له إلا أن يكون قولاً شاذاً . وأما إذا أكذب نفسـه فالذى رواه الجماعة عن أحمـد أنها لا تحل له أيضاً ، وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، وابن مسعود ، رضى الله عنهم : أن المتلاعنين لايجتمعان أبداً . وبه قال الحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والنخعى ، والزهرى ، والحـكم ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشـافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأبو يوسف .

وعن أحمد رواية أخرى : إن أكذب نفسه حلت له ، وعاد فراشه بحـاله ، وهى رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه . قال أبو بكر : لانعلم أحداً رواها غيره . وينبغى أن تحمل هـذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم . فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلاوجه لبقاء النـكاح بحاله ، وقد ذكرنا أن مذهب البتى : أن اللعان لايتعلق به فرقة . وعن سعيد بن المسيب : إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب . وبه قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، لأن فرقة اللعان عندهما طلاق . وقال سعيد بن جبير : إن أكذب نفسه ردت إليه مادامت فى العدة .

ولنا : ماروى سهل بن سعد قال : «مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ، ثم لايجتمعان أبداً»

---

(١) رواه الشيخان عن سهل بن سعد فى رواية له . (ف)

رواه[1] الجوزجانى فى كتابه بإسناده . وروى مثل هذا عن الزهرى ، ومالك . ولأنه تحريم لايرتفع قبل الحد والتكذيب ، فلم يرتفع بهما ، كتحريم الرضاع .

٦٢٦٢ فصـــل

فإن كانت أمة فاشتراها مُلاعنها لم تحل له ، لأن تحريمها تحريم مؤبد ، فحرمت به على مشتريها كالرضاع ، ولأن المطلق ثلاثاً إذا اشترى مطلقته لا تحل له قبل زوج وإصابة ، فههنا أولى ، لأن هذا التحريم مؤبد ، وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ، ولأن تحريم الطلاق يختص النكاح ، وهذا لايختص به ، وهذا مذهب الشافعى .

٦٢٦٣ مســـألة

قال : ﴿ فإن أكذب نفسه فلها عليه الحد ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد ، سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده . وهذا قول الشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم لهم مخالفاً ، وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة فى حق الزوج ، فإذا أكذب نفسه بان أن لعانها كذب ، وزيادة فى هتكها ، وتكرار لقذفها ، فلا أقل من أن يجب الحد الذى كان واجباً بالقذف المجرد فإن عاد عن إكذاب نفسه وقال : لى بينة أقيمها بزناها ، أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان ، لم يسمع منه ، لأن البينة واللعان لتحقيق ماقاله ، وقد أقر بكذب نفسه ، فلايسمع منه خلافه . وهذا فيما إذا كانت المقذوفة محصنة ، فإن كانت غير محصنة فعليه التعزير .

٦٢٦٤ فصـــل

ويلحقه نسب الولد ، سواء كان الولد حيًّا أو ميتاً غنياً كان أو فقيراً ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور وقال الثورى : إذا استلحق الولد الميت نظرنا ، فإن كان ذا مال لم يلحقه ، لأنه إنما يدعى مالا ، وإن لم يكن ذا مال لحقه ، وقال أصحاب الرأى : إن كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق ، وتبعه نسب ابنه ، وإن لم يكن ترك ولداً لم يصلح استلحاقه ، ولم يثبت نسبه ، ولا يرث منه المدعى شيئاً ، لأن نسبه منقطع بالموت ، فلم يصح استلحاقه ، فإذا كان له ولد كان مستلحقاً لولده ، وتبعه نسب الميت .

ولنا ، أن هذا ولد نفاه باللعان ، فكان له استلحاقه ، كما لو كان حيًّا ، أو كان له ولد ، ولأنّ ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب ابنه ، فجعل الأصل تابعاً للفرع ، وذلك

(١) ورواه الدارقطنى عنه . (ف)

باطل ، فأمّا قول الثورى : إنه إنما يدعى مالا ، قلنا : إنما يدعى النسب والميراث ، والمـال تبع له فإنّ قيل : فهو متهم فى أن غرضه حصول الميراث قلنا : إن النسب لاتمنع التهمه لحوقه ، بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن لزمه ، وسقط ميراث أخيه ، ولو كان الابن حياً وهو غـنى ، والأب فقير ، فاستلحقه فهو متهم فى إيجاب نفقته على ابنه ، ويقبل قوله ، فـكذلك هاهنا ، ثم كان ينبغى أن يثبت النسب هاهنا لأنّه حق للولد ، ولا تهمة فيـه ، ولا يثبت المـيراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الأصل . قال القاضى : ويتعلق باللعان أربعة أحكام : حقان عليه : وجوب الحد ، ولحوق النسب ، وحقان له : الفرقة ، والتحريم المؤبد ، فإذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه ، فلزمه الحد والنسب ، فلم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ، ولا التحريم المؤبد .

٦٢٦٥ فصـــــل

فإنّ لم يكذب نفسه ، ولـكن لم يكن له بينة ، ولا لاعن ، أقيم عليه الحد . فإنّ أقيم عليه بعضه فبذل اللعان وقال : أنا ألاعن ، قبـل منه ، لأنّ اللعان يسقُط جميع الحـد ، فيسقط بعضه كالبينة ، فإن ادعت زوجتـه أنه قذفها بالزنا فأنـكر ، فأقامت عليه بينة أنّه قذفها بالزنا ، فقـال : صدقت البينة ، وليس ذلك قذفا ، لأنّ القذف الرمى بالزنا كذباً ، وأنا صادق فيما رميتها به ، لم يكن ذلك إكذاباً لنفسه ، لأنه مصر على رميها بالزنا ، وله إسقاط الحد باللعان ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كمذهبنا .

فإن قال : مازنت ولا رميتها بالزنا ، فقامت البينة عليه بقذفها ، لزمه الحد ، ولم تسمع بينته ولا لعانه نص عليه أحمد ، لأنّ قوله : مازنت ، تـكذيب للبينة واللعان ، فلا تثبت له حجة قد أكذبها ، وجرى هذا مجرى قوله فى الوديعة : إذا ادُّعيت عليه فقال . ماأودعتنى ، فقامت عليه البينة بالوديعة ، فادعى الرد أو التلف لم يقبل ، ولو أجاب بأنه ماله عنـدى شىء ، ولا يستحق على شيئاً ، فقامت عليه البينة فادعى الرد أو التلف ، قبل منه .

٦٢٦٦ مســـــألة

قال : ﴿ وإن قذفها وانتفى مـن ولدها ، وتم اللعان بينهما بتفريق الحـاكم ، نفى عنه إذا ذكره فى اللعان ﴾ .

وجملة ذلك : أن الزوج إذا ولدت امرأته ولداً يمـكن كونه منه فهو ولده فى الحـكم ، لقول النبىّ صلى اللهُ عليـه وسلم[1] : « الولد للفراش » ، ولا ينتفى عنه إلا أن ينفيه باللعان التـام الذى اجتمعت شروطه ، وهى أربعة :

---

(١) رواه الشيخان عن أبى هريرة . (ف)

أحدها : أن يوجد اللعان منهما جميعاً ، وهذا قول عامة أهل العلم وقال الشافعى : ينتفى بلعان الزوج وحده ، لأنّ نفى الولد إنما كان بيمينه والتعانه لا بيمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة فى نفى النسب وهى تثبته ، وتكذب قول من ينفيه ، وإنما لعانها لدرء الحد عنهـا ، كما قال الله تعالى : (وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ)(١) .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم إنمـا نفى الولد عنه بعـد تلاعنهما ، فلا يجوز النفى ببعضه كبعض لعان الزوج .

والثانى : أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً .

الشرط الثالث : أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة ، فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر . وقال مالك ، وأصحاب الرأى : إن فعل أخطأ السنة ، والفرقة جائزة ، وينتفى الولد عنـه ، لأنّ الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو ، وهى لا تقتضى ترتيبهما ، ولأنّ اللعان قد وجد منهما جميعاً ، فأشبه مالو رتبت ، وعند الشافعى : لا يتم اللعان إلا بالترتيب ، إلا أنه يكفى عنده لعان الرجل وحده لنفى الولد ، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب ، وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة .

ولنا : أنه أتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة فلم يصح ، كما لو اقتصر على لفظة واحـدة ، ولأنّ لعان الرجل بينته لإثبات زناها ونفى ولدها ، ولعان المرأة للإنكار ، فقدمت بينة الإثبات كتقديم الشهود على الأيمان ، ولأنّ لعان المرأة لدرء العذاب عنها ، ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل ، فإذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته ، فلم يصح كما لو قدمته على القذف .

الشرط الرابع : أن يذكر نفى الولد فى اللعان ، فإذا لم يذكر لم ينتف إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقى ، واختيار القاضى ، ومذهب الشافعى . وقال أبو بكر : لا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه ، وينتفى بزوال الفراش ، ولأنّ حديث سهل بن سعد الذى وصف فيه اللعان لم يذكر فيـه الولد ، وقال فيه : ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وقضى ألا يدعى ولدها لأب ، ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود . وفى حديث رواه مسلم عن عبد الله أن رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ، وألحق الولد بأمه .

ولنا : أن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ، ولأن غاية ما فى اللعان أن يثبت زناها ، وذلك لا يوجب نفى الولد ، كما لو أقر به أو قامت به بينة فأما حديث سهل بن سعد فقد روى فيه : وكانت حاملا فأنكر حملها ، من رواية البخارى . وروى ابن عمر : أن رجـلا لاعن امرأته فى زمن

---

(١) سورة النور آية ٨

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وألحق الولد بالمرأة . والزيادة من الثقة مقبولة . فعلى هـذا لابد من ذكر الولد فى كل لفظة ، ومع اللعن فى الخامسة ، لأنها من لفظات اللعان .

وذكر الخرقى شرطاً خامساً وهو : تفريق الحاكم بينهما ، وهـذا على الرواية التى تشـترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة . فأما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفى الولد ، كما لايشترط لدرء الحد عنه ، ولا لفسخ النـكاح . وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو : أن يـكون قد قذفها ، وهذا شرط اللعان ، فإنه لا يـكون إلا بعد القذف ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

٦٢٦٧ فصـــــل

وإن ولدت امرأته توأمين ، وهو أن يـكون بينهما دون ستة أشهر ، فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به ، لأن الحمل الواحد لايجوز أن يـكون بعضه منه وبعضه من غيره . فإذا ثبت نسب أحـدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة ، فجعلنا مانفاه تابعاً لمـا استلحقه ، ولم نجعل ماأقر به تابعاً لما نفاه ، لأن النسب يحتاط لإثباته لالنفيه ، ولهذا لو أتت امرأته بولد يمـكن كونه منه ، ويمـكن أن يـكون من غيره ، ألحقناه به احتياطاً ، ولم نقطعه عنه احتياطـاً لنفيه . فإن كان قد قذف أمها فطالبته بالحـد فله إسقاطه باللعان ، وحكى عن القاضى : أنه يحد ، ولا يملك إسقاطه باللعان ، وهو مذهب الشافعى . لأنه باستلحاقه اعترف بـكذبه فى قذفه ، فلم يسمع إنـكاره بعد ذلك .

ووجه الأول : أنه لايلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها ، كما لايلزم من وجود الزنا منها كون الولد منه ، ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد عنه ، فلا تنافى بين لعانه وبين استلحاقه للولد ، وإن استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه ، لأنه لو نفاه للحقه ، فإذا سكت عنه كان أولى . ولأن امرأته متى أتت بولد لحقه مالم ينفه عنه باللعان . وإن نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه ، جميعاً . فإن قيل : ألا نفيتم المسكوت عنه لأنه قد نفى أخاه ، وهما حمل واحد ؟ قلنا : لحوق النسب مبنى على التغليب ، وهو يثبت بمجرد الإمكان ، وإن كان لم يثبت الوطء ، ولا ينتفى الإمكان للنفى فافترقا . فإن أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ، ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر ، لم ينتف الثانى باللعان الأول ، لأن اللعان تناول الأول وحده ، ويحتاج فى نفى الثانى إلى لعان ثان . ويحتمل أنه ينتفى بنفيه من غير حاجة إلى لعان ثان ، لأنهما حمل واحد ، وقد لاعن لنفيه مرة ، فلا يحتاج إلى لعان ثان . ذكره القاضى، فإن أقر بالثانى لحقه هو والأول لما ذكرناه . وإن سكت عن نفيه لحقاه أيضاً ، فأما إن نفى الولد باللعان ، ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر ، فهذا من حمل آخر ، فإنه لايجوز أن يـكون بين ولدين من حمل واحد

مدة الحمل[1] ، ولو امـكن لم تـكن هذه مدة حمل كامل ، فإن نفى هـذا الولد باللعان انتفى ، ولا ينتفى بغير اللعان ، لأنه حمل منفرد . وإن استلحقه أو ترك نفيه لحقـه وإن كانت قد بانت باللعـان[2] ، لأنه يمـكن أن يـكون قد وطئها بعد وضع الأول ، وإن لاعنها قبل وضع الأول فأتت بولد ، ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثانى ، لأنها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الأول ، وكان حملها الثانى بعد انقضاء عدتها فى غير نـكاح ، فلم يحتج[3] إلى نفيه .

٦٢٦٨ فصـــــل

وإن مات أحـد التوأمين أو ماتا معاً ، فـله أن يلاعن لنفى نسبهما وبهـذا قال الشـافعى ، وقال أبو حنيفة : يلزمه نسب الحى ، ولا يلاعن إلا لنفى الحد ، لأن الميت لا يصح نفيه باللعان ، فإن نسبه قد انقطع بموته ، فلا حاجة إلى نفيه باللعان ، كما لو ماتت امرأته فإنه لا يلاعنهـا بعد موتها لقطع النـكاح ، لـكونه قد انقطع ، وإذا لم ينتف الميت لم ينتف الحى ، لأنهما حمل واحد .

ولنا : أن الميت ينسب إليه ، فيقال : ابن فلان ، ويلزمه تجهيزه وتـكفينه ، فـكان له نفى نسبه ، وإسقاط مؤنته كالحى ، وكما لو كان الميت ولد .

٦٢٦٩ مســــألة

قال : ﴿ وإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد إذا كان حياً بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن كان ميتاً لحقه نسبه أيضاً فى قول أكثر أهل العلم : سواء كان له ولد أو لم يـكن ، وسواء خلف مالا أو لم يخلف ، وذلك لأن النسب حق للولد ، فإذا أقر به لزمه ، وسواء تقدم إنـكاره له أو لم يـكن ، ولأن سبب نفيه عنه نفيه له ، فإذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفى وبطل ، فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النـكاح الموجب للحوق نسبه به .

٦٢٧٠ فصـــــل

والقذف على ثلاثة أضرب .

واجب : وهو أن يرى امرأته تزنى فى طهر لم يطأها فيه ، فإنه يلزمه اعتزالها حتى تنقضى عدتها ، فإذا أتت بولد لستة أشهر من حين الزنا وأمـكنه نفيه عنه لزمه قذفها ، ونفى ولدها ، لأن ذلك يجرى

---

(١) فى ١٩ : مدة لحمل .
(٢) فى ٢٩ : بلعان .
(٣) فى ٣٩ : فلا حاجة .

مجرى اليقين فى أن الولد من الزانى ، فإذا لم ينفه لحقه الولد وورثه ، وورث أقاربه ، وورثوا منه ، ونظر إلى بناته وأخواته ، وليس ذلك بجائز ، فيجب نفيه لإزالة ذلك ولو أقرت بالزنا ووقع فى قلبه صدقهـا فهو كما لو رآها .

الثـانى : أن يراها تزنى ، أو يثبت عنده زناهـا ، وليس ثَمَّ ولد يلحقه نسبه ، أو ثم ولد لـكن لا يعلم أنه من الزنا ، أو يخبره بزناها ثقة يصدقه ، أو يشيع فى النـاس أن فلاناً يفجر بفـلانة ، ويشاهده عندها ، أو داخلا إليها ، أو خارجاً من عندها ، أو يغلب على ظنه فجورها ، فهذا له قذفها ، لأنه روى عن[1] عبد الله أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فتـكلم جلدتموه ، أو قتل[2] قتلتموه ، أوسكت سـكت على غيظ ، فذكر أنه يتـكلم أو يسـكت ولم ينـكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينـكر على هلالٍ والعَجْلاَنِّى قذفهما[3] حين رأيا ، وإن سكت جاز وهو أحسن ، لأنه يمـكنه فراقها بطلاقها ، ويـكون فيه سترها وستر نفسه ، وليس ثم ولد يحتاج إلى نفيه .

الحال الثالث : محرم ، وهو ماعدا ذلك من قذف أزواجه والأجانب ، فإنه من الـكبائر . قال الله تعالى : « إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاَتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ[4] » . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أيمـا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ، ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه ، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » . رواه أبو داود .

قوله : « وهو ينظر إليه » يعنى يراه منه ، فـكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ، ولا يجوز قذفهـا بخبر من لا يوثق بخبره ، لأنه غير مأمون على الـكذب عليها ، ولا برؤيته رجلا خارجاً من عندها من غير أن يستفيض زناها ، لأنه يجوز أن يكون دخل سارقاً أو هارباً ، أو لحاجة ، أو لغرض فاسد ، فلم يمـكنه ، ولا لاستفاضة ذلك فى الناس من غير قرينة تدل على صدقهم ، لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك عنها ، وفيه وجه آخر : أنه يجوز ، لأن الاستفاضة

---

(١) أخرجه مسلم عن ابن مسعود ج ٢ ص ١٣٣ باختلاف يسير فى اللفظ . (ف)

(٢) فى ١٨ : أو قتله .

(٣) هو هلال بن أمية قذف امرأته عند النبى بشريك بن سحماء وسحماء اسم أمه اسوادها وأبوه عبدة بن الجد وحديثه فى البخارى وغيره عن ابن عباس ، والعجلانى اسمه عويمر بن نصر وحديثه رواه الشيخان عن سهل بن سعد . (ف)

(٤) سورة النور آية ٢٣ .

أقوى من خبر الثقة ، ولا بمخالفة الولد لون والديه أو شبههما ، ولا لشبهه بغير والديه ، لما روى أبو هريرة قال : جاء رجل من بنى فزارة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى جاءت بولد أسود . يعرّض بنفيه ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : «هل لك من إبل ؟» قال : نعم ، قال : «فما ألوانها ؟» قال : حمر . قال : «هل فيها من أورق ؟» . قال : إن فيها لوُرْقاً[1] . قال : «فأنى أتاها ذلك ؟» . قال : عسى أن يكون نزعه عرق . قال : « فهذا عسى أن يكون نزعه عرق » . قال : ولم يرخص له الانتفاء منه . متفق عليه .

ولأن الناس كلهم من آدم وحواء وألوانهم وخلقهم مختلفة ، فلولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقة واحدة ، ولأن دلالة الشبه ضعيفة ، ودلالة ولادته على الفراش قوية ، فلا يجوز ترك القوى لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع[2] سعد بن أبى وقاص ، وعبدُ بن زَمْعَةَ ، ورأى النبى صلى الله عليه وسلم فيه شبهاً بيناً بعُتبة ، ألحق الولد بالفراش ، وترك الشبه . وهذا اختيار أبى عبد الله بن حامد ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

وذكر القاضى وأبو الخطاب أن ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث اللعان[3] : « إن جاءت به أوْرَقَ جَعْداً[4] جُمَّالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الأَلْيَتَيْنِ فهو للذى رميت به » ، فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لو الأيمان لكان لى ولها شأن » . فجعل الشبه دليلا على نفيه عنه ، والصحيح الأول . وهذا الحديث إنما يدل على نفيه عنه مع ماتقدم من لعانه ونفيه إياه عن نفسه . فجعل الشبه مرجحاً لقوله ودليلا على تصديقه ، وما تقدم من الأحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفى . ولأن هذا كان فى

(١) فى النسخ (أورقا) وهو خطأ والصواب (لورقا) كما فى صحيح مسلم ج ٢ ص ١١٣٧ وورق : جمع أورق مثل حمر وأحمر والأورق مافى لونه سواد وليس بحالك بأن يميل إلى الغبرة وفى القاموس مافى لونه بياض إلى سواد : والعرق فى الحديث معناه الأصل ، ومعنى (جذبه عرق) : جذبه لون أصل من أصوله البعيدة إلى لونه . (ف)

(٢) أخرجه الشيخان عن عائشة . ونصه : « اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة فى غلام فقال سعد : يارسول الله هذا ابن أخى عتبة بن أبى وقاص ، عهد إلى أنه ابنه ، انظر إلى شبهه ، وقال عبد ابن زمعة : هذا أخى يارسول الله ، ولد على فراش أبى من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال : هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبى منه ياسودة فلم ير سودة قط » . (ف)

(٣) أخرجه أبو داود عن ابن عباس . (ف)

(٤) جعدا : شعره ليس بسبط أى غير مسترسل جمالياً : بضم الجيم وتشديد الميم : العظيم الخلق كأنه جمل خدلج الساقين : ممتلئهما . سابغ الأليتين : عظيمهما . (ف)

موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه ، فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضى لحوق نسب الولد بصاحبه . وإن كان يعزل عن امرأته فأتت بولد لم يبح له نفيه ، لمـا ذكرنا من حديث جابر وأبى سعيد .

وعن أبى سعيد[(١)] أنه قال : يارسول الله إنا نصيب من النساء ونحب الأثمان افنعزل عنهن ؟ قال : « إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها » . ولأنه قد يسبق من المـاء مالا يحس به فتعلق . وأما إن كان لايطؤها إلا دون الفرج أو فى الدبر فأتت بولد فذكر أصحابنا أنه ليس له نفيه ، لأنه لايأمن أن يسبق الماء إلى الفرج فيعلق به ، وهـذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وهو بعيـد ، لأنه من أحكام الوطء فى الفرج ، فلا يتعلق بمـا دونه كسائر الأحكام . ودلالة عدم الوطء فى الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه . فأما إن وجد أحد هذه الوجوه التى ذكرنا مع الزنا ويحتمل كونه منه أو من الزانى ، مثل أن زنت فى طهر أصابها فيه ، أو زنت فلم يعتزلها[(٢)] ، ولـكنه كان يعزل عنها ، أو كان لايطؤها إلا دون الفرج ، أو كان الولد شبيهاً بالزانى دونه ، لزمه نفيه ، لأن هذا مع الزنا يوجب نسبته إلى الزانى بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم حكم بولد امرأة هلال لشريك بن سحماء ، بشبهه له ، مع لعان هلال لها ، وقذفه إياها . وأما إذا أتت زوجته بولد فشك فيه منغير معرفته لزناها فلا يحل له قذفها ولا لعانها لما تقدم من حديث الفزارى ، وكذلك إن عرف زناها ولم يعلم أن الولد من الزانى ولا وجد دليل عليه فليس له نفيه لأن الولد للفراش وللعاهر الحجر .

٦٢٧١ فصـــــل

فإن أكرهت زوجته على الزنا فى طهر لم يصبها فيـه فأتت بولد يمـكن أن يكون من الواطىء فهو منه وليس للزوج قذفهابالزنا لأن هذا ليس بزنا منها .

وقياس المذهب أنه ليس له نفيه ، ويلحقه النسب ، لأنّ نفى الولد لا يكون إلا باللعان ، ومن شرط اللعان القذف ، ولأنّ اللعان لايتم إلا بلعان المرأة ، ولا يصح اللعان من المرأة هاهنا ، لأنهـا لاتـكذب الزوج فى إكراهها على ذلك ، وهذا قول أصحاب الرأى .

وذكر بعض أصحابنا فى ذلك روايتين :

---

(١) فى صحيح البخارى ج ٣ ص ١٠٩ عن ابن محيريز أن أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه أخبره أنه بينما هو جالس عند النبى صلى الله عليه وسلم قال : يارسول الله إنا نصيب سبياً فنحب الأثمان فكيف ترى فى العزل فقال : أو إنكم تفعلون ذلك ، لاعليكم ألا تفعلوا ذلكم فإنها ليست نسمة كتب الله أن تخرج إلا هى خارجة» . قوله : «نحب الأثمان» معناه نحب بيعها فلو ولدت صارت أم ولد يمتنع بيعها وأخذ ثمنها . (ف)

(٢) أى : لم يهجر فراشها .

إحداهما : له نفيه باللعان ، لأنه محتاج إلى نفيه ، فـكان له نفيه كالو زنت مطاوعة ، وهـذا مذهب الشافعي وهذا إنما يصح عند الشافعي لأنه يرى نفي الولد بلعان الزوج وحده . وأما[1] من لا يرى ذلك فلا يصح عنده النفي باللعان هاهنا ، والله تعالى أعلم .

٦٢٧٢ مســـــألة

قال : ﴿ وإن نفي الحمل في التعانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن ﴾ .

اختلف أصحابنا فيما إذا لاعن امرأته وهي حامل ، ونفي حملهـا في لعانه ، فقال الخرقي وجماعة لا ينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ، ولا ينتفي حتى يلاعنهـا بعـد الوضع ، وينتفي الولد فيه ، وهذا قول أبي حنيفة ، وجماعة من أهل الـكوفة ، لأنّ الحمل غير مستيقن ، يجوز أن يكون ريحاً أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ، ولا يجوز تعليق اللعان بشرط ، وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز يصح نفي الحمل وينتفي عنه ، محتجين بحديث هلال ، وأنه نفي حملها ، فنفاه عنه النبي صلى الله عليه وسلم : وألحقه بالأول ولا خفاء بأنه[2] كان حملا ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : « انظروها فإن جاءت به » كذا وكذا قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ، ولأن الحمـل مظنون بأمارات تدل عليه ، ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل ، من النفقة ، والفطر في الصيام ، وترك إقامة الحـد عليها ، وتأخير القصاص عنها ، وغير ذلك مما يطول ذكره ، ويصح استلحاق الحمل ، فـكان كالولد بعد وضعه . وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الأحاديث ، وما خالف الحديث لا يعبأ به كائناً ما كان وقال أبو بكر : ينتفي الولد بزوال الفراش ، ولا يحتاج إلى ذكره في اللعان احتجاجاً بظاهر الأحاديث ، حيث لم ينقل فيها نفي الحمـل ، ولا التعرض لنفيه ، وقد ذكر ذلك ، فأمّا من قال : إن الولد لا ينتفي إلا بنفيه بعد الوضع ، فإنّه يحتاج في نفيه إلى إعادة اللعان بعد الوضع ، وقال أبو حنيفة ومن وافقه ، إن لاعنها حاملا ، ثم أتت بالولد لزمه ، ولم يتمكن من نفيه ، لأن اللعان لا يكون إلا بين الزوجين ، وهذه قد بانت بلعانها في حال حملها وهذا فيه إلزامه ولداً ليس منه ، وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا ، والله تعالى قد جعل له إلى ذلك طريقاً فلا يجوز سده ، وإنما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف الزنا إليها فيـه ، لأنّ الولد الذي تأتي به يلحقه إذا لم ينفه فيحتاج إلى نفيه ، وهذه كانت زوجة[3] في تلك الحـال ، فملك نفي ولدها ، والله أعلم .

---

(١) هذه هي الرواية الثانية . (٢) في ١٨ : ٣٩ في أنه .

(٣) في ٣٩ : كانت زوجته .

٦٢٧٣ فصـــــل

وإن استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه ، وهو المنصوص عن أحمد ومن أجاز نفيه قال : يصح[١] استلحاقه ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه محكوم بوجوده ، بدليـل وجوب النفقة ، ووقف الميراث ، فصح الإقرار به كالمولود ، وإذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك ، كالو استلحقه بعد الوضع ومن قال : لا يصح استلحاقه قال : لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ، ولا يلزمه ذلك بالإجماع ، ولأن للشبه أثراً في الإلحاق ، بدليل حديث الملاعنة ، وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به ، فعلى هذا لو استلحقه ، ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك ، فأما إن سكت عنـه فلم ينفيه ، ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد [ممن] عَلِمْنَا قَوْله ، لأن تركه يحتمل أن يكون ، لأنه لا يتحقق وجوده إلا أن يلاعنها فإن أبا حنيفة ألزمه الولد على ما أسلفناه[٢] .

٦٢٧٤ فصـــــل

وإذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ، ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، وبهذا قال الشافعي : قال أبو بكر : لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ما جرت به العادة ، إن كان ليلا فحتى يصبح وينتشر النـاس ، وإن كان جائعاً أو ظمآن فحـتى يأكل أو يشرب ، أو ينام إن كان ناعساً ، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ، ويركب ويصلي إن حضرت الصلاة ، ويحرز ماله إن كان غـير محرز وأشباه ذلك مـن أشغاله ، فإن أخره بعد هـذا كله لم يكن له نفيه ، وقال أبو حنيفة : له تأخـير نفيه يوماً ويومين استحساناً ، لأن النفي عقيب الولادة يشق ، فقدر باليومين لقلته . وقال أبو يوسف ومحمـد : يتقدر بمدة النفاس ، لأنها جارية مجرى الولادة في الحُـكم ، وحكي عن عطاء ، ومجاهد : أن له نفيـه ما لم يعترف به ، فـكان له نفيه كحالة الولادة .

ولنا : أنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فـكان على الفور كخيار الشفعة ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » عام ، خرج منه ما اتفقنا عليه ، مع السنة الثابتة ، فما عداه يبقى على عموم الحديث[٣] ، وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب ، والأخذ بالشفعة ، وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه وما قاله عطاء يبطل أيضاً بما ذكرناه ، ولا يلزم القصاص لأنه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ، ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره .

إذا ثبت هذا : فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم ، أو بإمكان النفي ، على وجهين ، بنـاء على

---

(١) في النسخ المطبوعة (لا يصح) والصواب (يصح) كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٤ . (ف)

(٢) في ١٨ : على ما أسلفنا .

(٣) في ١٨ : على العموم وسقطت كلمة (الحديث) .

المطالبة بالشفعة . فإن أخر نفيه عن ذلك ، ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة ، وأمـكن صـدقه بأن يكون فى موضع يخفى عليه ذلك ، مثل أن يكون فى محلة أخرى ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عـدم العلم ، وإن لم يمكن مثل أن يكون معها فى الدار لم يقبل ، لأن ذلك لا يكاد يخفى عليـه ، وإن قال : علمت ولادته ولم أعلم أن لى نفيه ، أو علمت ذلك ، ولم أعلم أنه على الفور ، وكان ممن يخفى عليـه ذلك كعامة الناس قبل منه ، لأن هذا مما يخفى عليهم ، فأشبه مالو كان حديث عهد بإسلام ، وإن كان فقيها لم يقبل ذلك . ويحتمل أن يقبل منه ، لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الأحكام . وقال أصحابنا لا يقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشىء ببادية ، وحديث العهد بالإسلام . وهـل يقبل من سائر العامة ؟ على وجهين . وإن كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمة غريم يخاف فوته أو غيبته ، نظرت ، فإن كانت مدة ذلك قصيرة فأخره إلى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه ، لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلا ، فأخره إلى الصبح ، وإن كانت تتطاول فأمـكنه التنفيذ إلى الحاكم ليبعث إليه من يستوفى عليه اللعان والنفى . فلم يفعل سقط فيه ، فإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته ، فإن لم يفعل بطل خياره ، لأنه إذا لم يقـدر على نفيه كان الإشهاد قائماً مقامه ، كما يقيم المريض الفيئة بقوله بدلا عن الفيئة بالجماع . فإن قال : لم أصدق المخبر عنه نظرت ، فإن كان مستفيضاً منتشراً لم يقبل قوله . وإن لم يكن مستفيضاً ، وكان المخبر مشهور العدالة لم يقبل ، وإلا قبل . وإن قال : لم أعلم أن علىّ ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى . وإن علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره . وإن أقام من غير حاجة بطل ، لأنه أخره لغير عذر . وإن كانت له حاجة تمنعه من السير ، فهو على ماذكرنا من قبل . وإن أخر نفيه لغير عذر ، وقال : أخرت نفيه رجاء أن يموت فأستر عليه وعلىّ بطل خياره ، لأنه أخر نفيه مع الإمكان لغير عذر .

٦٢٧٥ فصـــل

فإن هُنِّئَ به فأمّن على الدعاء لزمه فى قولهم جميعاً ، وإن قال : أحسن الله جزاءك ، أو بارك الله عليك ، أو رزقك الله مثله ، لزمه الولد . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يلزمه ، لأنه جازاه[1] على قصده ، وإذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك إقراراً ولا متضمناً له .

ولنـا : أن ذلك جواب الراضى فى العادة ، فـكان إقراراً كالتأمين على الدعاء . . وإن سكت كان إقراراً . ذكره أبو بكر ، لأن السكوت صلح دلالة على الرضى فى حق البـكر وفى مواضع أخرى ، فههنا أولى . وفى كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك فى قول جماعة أهل العلم . منهم : الشعبى ، والنخعى ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعى ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن : له

(١) فى ١٨ : جزاه .

أن يلاعن لنفيه مادامت أمُّه عنده ، يصير لها الولد ، ولو أقر به ، والذى عليه الجمهور أولى ، فإنه أقر به فلم يملك جحده ، كما لو بانت منه أمه . ولأنه أقر بحق عليه فلم يقبل منه جحده كسائر الحقوق .

٦٢٧٦ مســـــألة

قال ﴿ ولو جاءت امرأته بولد فقـال : لم تزن ولـكن ليس هذا الولد منى ، فهو ولده فى الحـكم ، ولا حد عليه لها ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ولدت فقال زوجها : ليس هذا الولد منى ، أو قال ليس هذا ولدى ، فلا حد عليه ، لأن هذا ليس يقذف بظاهره ، لاحتمال أنه يريد أنه من زوج آخر . أو من وطء بشبهة ، أو غير ذلك ، ولـكنه يسأل ، فإن قال : زنت فولدت هذا من الزنا ، فهذا قذف يثبت به اللعان ، وإن قال : أردت لا يشبهنى[1] خلقاً ولا خُلقاً ، فقالت : بل أردت قذفى . فالقول قوله ، لأنه أعلم بمراده ، لاسيما إذا صرح بقوله : لم تزن . وإن قال : وُطِئَتْ بشبهة ، والولد من الواطىء ، فلا حد عليه أيضاً ، لأنه لم يقذفها ، ولا قذف واطئها ، وإن قال : أُكرِهَتْ على الزنا فلا حد أيضاً ، لأنه لم يقذفها ولا لعان فى هذه المواضع ، لأنه لم يقذفها ، ومن شرط اللعان : القذف ، ويلحقه نسب الولد . وبهذا قال أبو حنيفة . وذكر القاضى أن له فى هذه الصورة الآخرة رواية أخرى ، أن له اللعان ، لأنه ، محتاج إلى نفى الولد ، بخلاف ما إذا قال وطئت بشبهة ، فإنه يمـكن نفى النسب بعرض الولد على القافة فيستغنى بذلك عن اللعان ، فلا يشرع كما لا يشرع لعان أمته ، لما أمكن نفى نسب ولدها بدعوى الاستبراء ، وهذا مذهب الشافعى .

ولنـا : أن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف فى قوله تعالى : « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَـكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ[2] » الآية . ولما لاعن النبى صلى الله عليه وسلم ، بين هلال وامرأته كان بعد قذفه إياها ، وكذلك لمـا لاعن بين عويمر العجلانى وامرأته كان بعد قذفه إياها ، ولا يثبت الحـكم إلا فى مثله ، ولأن نفى اللعان إنما ينتفى به الولد بتمامه منهما ، ولا يتحقق اللعان من المرأة ههنا ، فأما إن قال : وطئك فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها ، وله لعانها ، ونفى نسب ولدها ، وقال القاضى ليس له نفيه باللعان . وكذلك قال أصحاب الشافعى ، لأنه يمـكنه نفى نسبه بعرضه على القافة فأشبه مالو قال واشتبه عليك أيضاً .

ولنا : أنه رامٍ لزوجته ، فيدخل فى عموم قوله تعـالى : « والذينَ يرمُون أزواجَهم[3] » ولأنه رام لزوجته بالزنا ، فملك لعانها ونفى ولدها ، كما لو قال : زنى بك فلان . وماذكروه لا يصح فإنه قد لا يوجد

---

(١) فى ١٨ : أنه لا يشبهنى . (٢) سورة النور آية ٦ .
(٣) سورة النور آية ٦

قافة ، وقد لايعترف الرجل بما نسب إليه ، يغيب ، أو يموت ، فلاينتفي الولد : وإن قال : ماولدته ، وإنما التقطته أو استعرته ، فقالت : بل هو ولدى منك ، لم يقبل قول المرأة إلا ببينة . وهذا قول الشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأى ، لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها ، والأصل عدمها ، فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين . قال القاضي : وكذلك لاتقبل دعواها للولادة فيما إذا علق طلاقها بها ولا دعوى الأمة لها ، لتصير بها أم ولد ويقبل قولها فيها لتنقضي عدتها بها ، فعلى هذا لايلحقه الولد إلا أن تقيم بينة ، وهى : امرأة مرضية تشهد بولادتها له ، فإذا ثبتت ولادتها له لحقه نسبه ، لأنه ولد على فراشه والولد للفراش .

وذكر القاضي في موضع آخر : أن القول قول المرأة لقول الله تعالى : « وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ[1] » وتحريم كتمانه دليل على قبول قولها فيه ولأنه خارج من المرأة تنقضي به عدتها ، فقبل قولها فيه كالحيض ، ولأنه حكم يتعلق بالولادة ، فقبل قولها فيه كالحيض . فعلى هذا النسب لاحق به ، فهل له نفيه باللعان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له نفيه ، لأن إنكاره لولادتها إياه إقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل إنكاره لذلك ، لأنه تكذيب لنفسه .

والثانى : له نفيه ، لأنه رامٍ لزوجته ونافٍ لولدها ، فكان له نفيه باللعان كغيره .

٦٢٧٧ فصـــل

ومن ولدت امرأته ولداً لايمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ، لأنه يعلم أنه ليس منه ، فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتى به لدون ستة أشهر من حين تزوجها ، فلا يلحق به في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم ، لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها ، وإن كان الزوج طفلا له أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه ، لأنه لايولد[2] ولد لمثله ولا يمكنه الوطء . وإن كان له عشر فحملت امرأته لحقه ولدها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم[3] : « واضربوهم على الصلاة لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع » . وقال القاضي : يلحق به إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل ، لأن الجارية يولد لها لتسع ، فكذلك الغلام ، وقال أبو بكر : لايلحقه حتى يبلغ ، لأن الولد إنما يكون من الماء ، ولا ينزل حتى يبلغ .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) فى المطبوعة يوجد ولد لمثله . خطأ . وفى ٢٩ : لايولد ولد لمثله

(٣) أخرج أحمد وأبو داود والحاكم عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم فى المضاجع » (ف)

ولنا : أنه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ . وقد روى أن عمرو بن العاص وابنه عبد الله لم يكن بينهما إلا اثنى عشر عاماً وأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالتفريق بينهم ، دليل على إمكان الوطء الذى هو سبب الولادة ، وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح ، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة ، والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع ، وقد تحيض لتسع ، وما عهد بلوغ غلام لتسع ، ولو تزوج رجل امرأة فى مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد أو تزوج مشرقى بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه ، وبذلك قال مالك ، والشافعى، وقال : أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنكم قلتم إذا مضى زمان الإمكان لحق الولد وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء .

ولنا : أنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد ، فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سنة ، أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر . وفارق ماقاسوا عليه ، لأن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً ، لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على إمكانه فى النكاح ، ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار ، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه ، فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه وإن ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين لم يلحق نسبه به فى قول عامة أهل العلم ، لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج ، وإن قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك . لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد ، وقال أصحابنا : يلحقه النسب ، لأنه يتصور منه الإيلاج وينزل ماء رقيقاً .

ولنا : أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ، ولا وجد ذلك ، فأشبه ما لو قطع ذكره معهما ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد ، كما لو أولج إصبعه . وأما قطع ذكره وحده فإنه يلحقه الولد لأنه يمكن أن يساحق فينزل ماء يخلق منه الولد . ولأصحاب الشافعى اختلاف فى ذلك على نحو ماذكرنا من الخلاف عندنا . قال ابن اللبان : لا يلحقه الولد فى هاتين الصورتين فى قول الجمهور .

وقال بعضهم : يلحقه بالفراش ، وهو غلط ، لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه ، وههنا لا يمكن لفقد المنى من المسلول ، وتعذر إيصال المنى إلى قعر الرحم من المجبوب . ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة منى الرجل فتحمل ، لأن الولد مخلوق من منى الرجل والمرأة جميعاً ، ولذلك يأخذ الشبه منهما ، وإذا استدخلت المنى بغير جماع لم تحدث لها لذة تمنى بها ، فلا يختلط منهما ، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا [على] أنها استدخلت منيه وأن الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه ، وما قال ذلك أحد .

٦٢٧٨ فصـــــل

وإن طلق امرأته وهى حامل فوضعت ولداً ، ثم ولدت آخر قبل مضى ستة أشهر فهو[1] من الزوج لأننا نعلم أنهما حمل واحد ، فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه . وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج ، وانتفى عنه من غير لعان ، لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملاً واحداً ، وبينهما مدة الحمل ، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية ، وانقضاء العدة ، وكونها أجنبية ، فهى كسائر الأجنبيات . وإن طلقها فاعتدت بالأقراء ثم ولدت ولداً قبل مضى ستة أشهر من آخر أقرائها لحقه ، لأننا تيقنا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ، ونعلم أنها كانت حاملاً به فى زمن رؤية الدم ، فيلزم ألا يكون الدم حيضاً ، فلم تنقض عدتها به . وإن أتت به لأكثر من ذلك لم يلحق بالزوج . وهذا قول أبى العباس بن سريج . وقال غيره من أصحاب الشافعى : يلحق به ، لأنه يمكن أن يكون منه ، والولد يلحق بالإمكان .

ولنا : أنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها فى وقت يمكن ألا يكون منه ، فلم يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجية أو العدة ، وأما بعدها فلا يكتفى بالإمكان للحاقه ، وإنما يكتفى بالإمكان لنفيه ، وذلك لأن الفراش سبب ، ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها ، فإذا انتفى السبب وآثاره فينتفى الحكم لانتفائه ، ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان . والله أعلم .

فأما إن وضعته قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحق بالزوج ، ولم ينتف عنه إلا باللعان . وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق وكان بائناً انتفى عنه بغير لعان ، لأننا علمنا أنها علقت به بعد زوال الفراش . وإن كان رجعياً فوضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة فكذلك ، لأنها علقت به بعد البينونة ، وإن وضعته لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق ، ولأقل منها منذ انقضت العدة ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يلحقه ، لأنها لم تعلق به قبل طلاقها ، فأشبهت البائن .

والثانية : يلحقه ، لأنها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق والظهار والإيلاء ، والحل فى رواية ، فأشبه ما قبل الطلاق .

٦٢٧٩ فصـــــل

فإن غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحاً صحيحاً فى الظاهر ، ودخل بها الثانى وأولدها أولاداً ، ثم قدم الأول ، فسخ نكاح الثانى ، وردت إلى الأول ، وتعتد من الثانى ،

---

(١) فى المطبوعة : أنهم ، والسياق يقتضى ما أثبتناه من ٣٩ ، ١٨ .

ولها عليه صداق مثلها ، والأولاد له ، لأنهم ولدوا على فراشه . روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وهو قول الثورى ، وأهل العراق ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى يوسف ، وغيرهم من أهل العلم ، إلا أبا حنيفة قال : الولد للأول ، لأنه صاحب الفراش ، لأن نكاحه صحيح ثابت ، ونكاح الثانى غير ثابت ، فأشبه الأجنبى .

ولنا أن الثانى انفرد بوطئها فى نكاح يلحق النسب فى مثله[1] ، فكان الولد له دون غيره ، كولد الأمة من زوجها ، يلحقه دون سيدها ، وفارق الأجنبى ، فإنه ليس له نكاح .

٦٢٨٠ فصل

وإن وطىء رجل امرأة لا زوج لها بشبهة ، فأتت بولد لحقه نسبه . وهذا قول الشافعى وأبى حنيفة . وقال القاضى : وجدت بخط أبى بكر : أنه لا يلحق به ، لأن النسب لا يلحق إلا فى نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ، ولم يوجد شىء من ذلك ، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه بالوطء[2] كالزنا . والصحيح فى المذهب الأول .

قال أحمد : كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد ، ولأنه وطء اعتقد الواطىء حله ، فلحق به النسب كالوطء فى النكاح الفاسد . وفارق وطء الزنا ، فإنه لا يعتقد الحل فيه . ولو تزوج رجلان أختين فغلطا بهما[3] عند الدخول ، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى ، فوطئها وحملت منه ، لحق الولد بالواطىء ، لأنه وطء يعتقد حله ، فلحق به النسب كالوطء فى نكاح فاسد .

وقال أبو بكر : لا يكون الولد للواطىء ، وإنما يكون للزوج . وهذا الذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة لأن الولد للفراش .

ولنا : أن الواطىء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب ، فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج ، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حياً . والخبر مخصوص بهذا ، فنقيس عليه ما كان فى معناه . وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة فى طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطىء ، وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول أبى بكر وأبى حنيفة : يلحق الولد للفراش . وإن أنكر الواطىء الوطء فالقول قوله بغير يمين ، ويلحق نسب الولد بالزوج ، لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ، ولا تقبل دعوى الزوج فى قطع نسب الولد . وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج[4] بكل حال ، لأننا نعلم أنه ليس من الواطىء . وإن اشتركا فى وطئها

---

(١) فى ١٨ : بمثله
(٢) فى ١٨ و ٣٩ : بالوطء فيه
(٣) فى المطبوعة : فغلط بهما
(٤) فى ٣٩ : بالزوج

فى طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج ، لأن الولد للفراش ، وقد أمكن كونه منه . وإن ادعى الزوج أنه من الواطىء فقال بعض أصحابنا : يعرض على القافة معهمـا ، فيلحق بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالواطىء لحقه ، ولم يملك نفيه عن نفسه ، وانتفى عن الزوج بغير لعان . وإن ألحقته بالزوج لحق ، ولم يملك نفيه باللعان فى أصح الروايتين . والأخرى : له ذلك . وإن ألحقته بهما لحق بهما ، ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه . وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين . وإن لم توجد قافة ، أو أنكر الواطىء الوطء ، أو اشتبه على القافة ، لحق الزوج ، لأن المقتضى للحاق النسب به متحقق ، ولم يوجد مايعارضه ، فوجب إثبات حكمه . ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال ، لأن دلالة قول القافة ضعيفة ، ودلالة الفراش قوية ، فلايجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة .

٦٢٨١ فصـــــل

وإن أتت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا ، فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة لم يلحق بالأول بحال ، وإن كان بعد أربع سنين منذ بانت من الأول لم يلحق به أيضاً وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى لم يلحق به . وينتفى عنهما . وإن كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى ، ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ، ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة ، وألحق بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالأول انتفى عن الزوج بغير لعان وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ، ولحق الزوج وهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين :

٦٢٨٢ مســـألة

قال : ﴿ واللعان الذى يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم : أشهد بالله لقد زنت ، ويشير إليها ، وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها ، حتى يكمل ذلك أربع مرات ، ثم يوقف عند الخامسة ويقال له : اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فإن أبى إلا أن يتم فليقل : ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول هى : أشهد بالله لقد كذب أربع مرات ، ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما خوف الرجل ، فإن رأت إلا أن تتم فلتقل : وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا ﴾ .

فى هذه المسألة مسألتان :

٦٢٨٣ إحـــداها

أن اللعان لايصح إلا بمحضر من الحاكم ، أو من يقوم مقامه . وهذا مذهب الشافعى ، لأن النبى

صلى الله عليه وسلم أمر(١) هلال بن أمية أن يستدعى زوجته إليه ، ولا عن بينهما ، ولأنه إما يمين ، وإما شهادة ، فأيهما كان فمن شرطه الحاكم . وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم(٢) يلاعن بينهما لم يصح ذلك ، لأن اللعان مبنى على التغليظ والتأكيد ، فلم يجز بغير الحاكم كالحد . وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين فى ظاهر كلام الخرقى . وقال أصحاب الشافعى : للسيد أن يلاعن بين عبده وأمته ، لأنّ له إقامة الحد عليهما .

ولنا : أنه لعان بين زوجين ، فلم يجز لغير الحاكم أو نائبه ، كاللعان بين الحرين . ولا نسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة . ثم لايشبه اللعان الحد ، لأن الحد زجر وتأديب واللعان إما شهادة ، وإما يمين فافترقا ، ولأن اللعان دارىء للحد(٣) وموجب له ، فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا ، والحكم به أو بنفيه . وإن كانت المرأة خَفِرَة(٤) لاتبرز لحوائجها ، بعث معه عدولا ايلا عنوا بينهما ، وإن بعث نائبه وحده جاز ، لأن الجمع غير واجب .

٦٢٨٤ فصـــل

ويستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين ، لأن ابن عباس وابن عمر ، وسهل بن سعد ، حضروه مع حداثة أسنانهم . فدل ذلك على أنه حضره(٥) جمع كثير ، لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال . ولأنّ اللعان بنى على التغليظ مبالغة فى الردع به والزجر ، وفعله فى الجماعة أبلغ فى ذلك . ويستحب ألا ينقصوا عن أربعة ، لأن بينة الزنا الذى شرع اللعان من أجل الرمى به أربعة ، وليس شىء من هذا واجباً . ويستحب أن يتلاعنا قياماً ، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم . فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهى قائمة . لما روى عن النبى صلى اللهُ عليه وسلم أنه قال لهلال بن أمية : « قم فاشهد أربع شهادات » ، ولأنه إذا قام شاهده الناس ، فكان أبلغ فى شهرته ، فاستحب كثرة الجمع ، وليس ذلك واجباً . وبهذا كله قال أبو حنيفة ، والشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

---

(١) أخرج ابن مردويه من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى زنت وسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم كأنه منكس فى الارض ثم رفع رأسه فقال : قد أنزل الله فيك وفى صاحبتك فائت بها فجاءت فقال : قم فاشهد أربع شهادات إلخ انتهى من الدر المنثور ج ٥ ص ٢٣ . وورد فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٥٢٣ عن ابن عباس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلوا إليها فجاءت . . . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاعنوا بينهما . وفى رواية لأبى داود قبلها ص ٥٢٢ ، فقام هلال بن أمية فشهد ... ثم قامت فشهدت (ف)

(٢) فى ٣٩ : بغير حاكم (٣) فى ١٨ : يدرأ الحد ويوجبه .

(٤) من الخفر ، وهو : شدة الحياء .

(٥) فى ٣٩ : على حضور جمع .

٦٢٨٥ فصل

قال القاضي : ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ، ولم يقيده بزمن ولا مكان ، فلا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بإحضار امرأته ، ولم يخصه بزمن ، ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل . وقال أبو الخطاب : يستحب أن يتلاعنا في الأزمان والأماكن التي تعظم وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن عنده في التغليظ بالمكان قولين .

أحدهما : أن التغليظ به مستحب كالزمان .

والثاني : أنه واجب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن عند المنبر ، فكان فعله بياناً للعان ، ومعنى التغليظ بالمكان : أنهما إذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام ، فإنه أشرف البقاع ، وإن كانا في المدينة فعند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلدان في جوامعها ، وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى : (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ)[1] وأجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة صلاة العصر . قال أبو الخطاب في موضع : أو بين الأذانين ، لأن الدعاء[2] بينهما لا يرد ، والصحيح الأول ، ولو استحب ذلك لفعله النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو فعله لنقل ولم يسع تركه وإهماله . وأما قولهم : إن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما عند المنبر ، فليس هذا في شيء من الأحاديث المشهورة .

وإن ثبت هذا : فيحتمل أنه كان بحكم الاتفاق ، لأن مجلسه كان عنده ، فلاعن بينهما في مجلسه . فإن كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين . ويحتمل أن يغلظ في المكان لقوله في الأيمان : وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقّون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها ، فعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم اللاتي يعظمونها النصراني في الكنيسة ، واليهودي في البيعة ، والمجوسي في بيت النار وإن لم يكن لهم مواضع يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه ، لتعذر التغليظ بالمكان ، وإن كانت المسلمة حائضاً وقلنا إن اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله ، لأن ذلك أقرب المواضع إليه .

٦٢٨٦ المسألة الثانية في ألفاظ اللعان وصفته

أما ألفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما . وصفته أن الإمام يبدأ بالزوج فيقيمه ، ويقول له :

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦ .

(٢) عن أنس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يرد الدعاء بين الأذان والإقامة » (ف)

قل أربع مرات : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا ، ويشير إليها إن كانت حاضرة ، ولا يحتاج مـع الحضور والإشارة إلى نسبها وتسميتها ، كالا يحتاج إلى ذلك فى سائر العقود . وإن كانت غائبة أسماها ونسبها ، فقال امرأتى فلانة بنت فلان ، ويرفع فى نسبها حتى ينفى المشاركة بينها وبين غيرها . فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له : اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وكل شىء أهون من لعنة الله ، ويأمر رجلا فيضع يده على فيه ، حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ، ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه ، فإن رآه يمضى فى ذلك قال له قل : وأن لعنة الله علىّ إن كنت من الـكاذبين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا .

ثم يأمر المرأة بالقيام ، ويقول لها قولى : أشهد بالله إن زوجى هذا لمن الـكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، وتشير إليه ، وإن كان غائباً أسمته ونسبته ، فإذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا فى حق الزوج ، ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها ، فإن رآها تمضى على ذلك قال لهـا قولى : وإن غضب الله علىّ إن كان زوجى هذا من الصادقين فيما رمانى به من الزنا .

قال إسحاق بن منصور : قلت لأحمد : كيف يلاعن ؟ قال : على مافى كتاب الله ، يقول أربع مرات أشهد بالله إنى فيما رميتها به لمن الصادقين ، ثم يوقف عنـد الخامسة فيقول : لعنة الله عليـه إن كان من الـكاذبين .

والمرأة مثل ذلك توقف عند الخامسة ، فيقال لها إتقى الله[1] ، فإنها الموجبة توجب عليك العذاب ، فإن حلفت قالت : غضب الله عليها إن كان من الصادقين . وعدد هذه الألفاظ الخمسة شرط فى اللعـان . فإن أخل بواحدة منها لم يصح على ماذكرناه فيما مضى . وإن أبدل لفظاً منها فظاهر كلام الخرقى أنه يجوز أن يبدل قوله إنى لمن الصادقين بقوله ، لقد زنت ، لأن معناهما واحد ، ويجوز لها إبدال إنه لمن الكاذبين بقولها : لقد كذب ، لأنه ذكر صفة اللعان كذلك ، واتباع لفظ النص أولى وأحسن . وإن أبدل لفظة « أشهد » بلفظ من ألفاظ اليمين فقال : أحلف أو أقسم أو أولى لم يعتد به .

وقال أبو الخطاب : فيه وجـه آخر : أنه يعتـد به ، لأنه أتى بالمعنى ، فأشبه مالو أبدل « إنى لمن الصادقين » بقوله : لقد زنت . وللشافعى وجهـان فى هذا . والصحيح : أنه لايصح ، لأن ما اعتـبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات فى الحقوق . ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ ، واعتبار لفظ الشهادات أبلغ فى التغليظ ، فلم يجز تركه ، ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد .

والثانى[2] : يعتد به ، لأنه أتى بالمعنى أشبه ماقبله ، وللشافعى وجهـان كهذين . وإن أبدل لفظـة

(١) فى المطبوعة : اتق الله ، وليست هذه ياء علة فتحذف بل هى فاعل .
(٢) من وجوه الرأى فى القسم بالله دون كلمته تقوم مقام أشهد .

اللعنة بالإبعاد لم يجز ، لأن لفظ اللعنة أبلغ فى الزجر ، وأشد فى أنفس الناس ، ولأنه عدل عن المنصوص.
وقيل : يجوز ، لأن معناهما واحد . وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجـز ، لأن الغضب أغلظ ، ولهذا خصت المرأة به لأن المعرة بزناها أقبح ، وإثمها بفعل الزنا أعظم من إثمه بالقذف . وإن أبدلتهـا بالسخط خرج على وجهين فيما إذا أبدل الرجل لفظة اللعنة بالإبعاد . وإن أبدل الرجل لفظة اللعنة بالغضب احتمل أن يجوز ، لأنه أبلغ واحتمل ألا يجوز ، لمخالفته المنصوص .

قال الوزير يحيى بن هبيرة رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط أن يزاد ، بعد قوله : من الصادقين [قوله] : فيما رميتها به من الزنا . واشترط فى نفيها عن نفسها [قولها] : فيما رمانى به من الزنا ، ولا أراه يحتاج إليه ، لأن الله سبحانه أنزل ذلك وبينه ، ولم يذكر هذا الاشتراط .

وأما موعظة الإمام لها بعد الرابعة وقبل الخامسة فهى مستحبة فى قول أكثر أهل العلم ، لمـا روى ابن عباس قال : « لمـا كانت الخامسة قيل : ياهلال ، اتق الله فإنها الموجبة ، التى توجب عليك العذاب . فقال : والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها ، فشهد الخامسة . فلما كانت الخامسة قيل : لها اتقى[1] الله ، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . وإن هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب ، فتلكأت ساعة ، ثم قالت : والله لا أفضح قومى ، فشهدت الخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » وروى أبو إسحاق الجوزجانى بإسناده حديث المتلاعنين قال : « فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، ثم أمر به فأمسك على فيه ، فوعظه وقال : ويحك كل شىء أهون عليك من لعنة الله ، ثم أرسل فقال : لعنة الله عليه إن كان من الـكاذبين ، ثم دعاها فقرأ عليها ، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الـكاذبين ، ثم أمر بها فأمسك على فيها ، وقال : ويحك كل شىء أهون عليك من عذاب الله . وذكر الحديث » .

٦٢٨٧ فصــــل

ويشترط فى صحة اللعان شروط ستة أحـدها : أن يـكون بمحضر الإمام أو نائبه . والثانى : أن يأتى كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه ، فإن بادر به قبل أن يلقيه الإمام عليه لم يصح ، كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم . الثالث : استـكمال لفظات اللعان الخمـسة ، فإن نقص منها لفظـة لم يصح . الرابع : أن يأتى بصورته إلا ماذكرنا من الاختلاف فى إبدال لفظه بمثلها فى المعنى . الخـامس : الترتيب ، فإن قدم لفظة اللعنة على شىء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به ، السادس: الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضراً ، وتسميته ونسبته إن كان غائباً ، ولا يشترط

---

(١) فى المطبوعة : اتق خطأ : ومافى المخطوطات أولى .

حضورهما معا ، بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه مثل أن لاعن الرجل فى المسجد والمرأة على بابه ـ لعدم إمكان دخولها ـ جاز .

٦٢٨٨ فصـــــل

وإن كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز أن يلتعنا[1] بغيرها لأن اللعان ورد فى القرآن بلفظ العربية . وإن كانا لا يحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما ، لموضع الحاجة . فإن كان الحاكم يحسن لسانهما أجزأ ذلك . ويستحب أن يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما . وإن كان الحاكم لا يحسن لسانهما فلا بد من ترجمان . قال القاضى : ولا يجزىء فى الترجمة أقل من اثنين عدلين ، وهو قول الشافعى وظاهر قول الخرقى ، لأنه قال : لا يقبل فى الترجمة عن أعجمى حاكم إليه إذا لم يعرف لسانه أقل من عدلين يعرفان لسانه . وذكر أبو الخطاب رواية أخرى : أنه يجزىء قول عدل واحد . وهو قول أبى حنيفة ، وسنذكر ذلك فى موضع آخر إن شاء الله تعالى .

٦٢٨٩ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كان بينهما فى اللعان ولد ذكر الولد . فإذا قال : أشهد بالله لقد زنت ، يقول : وما هذا الولد ولدى . وتقول هى أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده ﴾ .

وجملة ذلك : أنه متى كان اللعان لنفى ولد فلا بد من ذكره فى لعانهما . وقال الشافعى لا تحتاج المرأة إلى ذكره لأنها لا تنفيه وإنما احتاج الزوج إلى ذكره لنفيه . وقال أبو بكر : لا يحتاج واحد منهما إلى ذكره وينتفى بزوال الفراش .

ولنا : أن من سقط حقه باللعان اشترط ذكره فيه كالمرأة . والمرأة أحد الزوجين ، فكان ذكر الولد شرطاً فى لعانها كالزوج ، ولأنهما متحالفان على شىء ، فاشترط ذكره فى تحالفهما كالمختلفين فى اليمين ، وظاهر كلام الخرقى : أنه يكتفى بقول الزوج : وماهذا الولد ولدى ، ومن المرأة بقولها : وهذا الولد ولده . وقال القاضى : يشترط أن يقول : هذا الولد من زنا ، وليس هو منى . وهو مذهب الشافعى ، لأنه قد يريد بقوله ليس هو منى يعنى خُلقاً وخلقاً ولم نقتصر[2] على قوله : من زنا . لأنه قد يعتقد أن الوطء فى نكاح فاسد زنا ، فأكدنا بذكرهما جميعاً .

ولنـا : أنا نَفَى الولد فى اللعان ، فاكتفى به كما لو ذكر اللفظين . وماذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل ، ولا ينتفى الاحتمال بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى ، فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد

---

(١) فى ١٨ : يتلاعنا (٢) فى ١٨ : ولا تقتصر

واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعاً ، وقد يريد أنه لايشبهني خلقاً وخلقاً ، أو أنه من وطء فاسد . فإن لم يذكر الولد فى اللعان لم ينتف عنه ، وإن أراد نفيه أعاد اللعان ، ويذكر نفى الولد فيه .

٦٢٩٠ فصـــل

وإذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما . وإذا لاعنها سقط الحد عنه لها ، سواء ذكر الرجل فى لعانه أو لم يذكره . وإن لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة ، وأيهما طالب حُدَّ له ، ومن لم يطالب فلا يُحَدّ له ، كما لو قذف رجلا بالزنا بامرأة معينة . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، إلا فى أنه لايسقط حده بلعانها . وقال بعض أصحابنا : القذف للزوجة وحدها ، ولا يتعلق بغيرها حق فى المطالبة ، ولا الحد، لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماء ، فلم يحده النبي صلى الله عليه وسلم ولا عزره له[1] .

وقال بعض أصحاب الشافعى : يجب الحد ، وهل يجب حد واحد أو حدان ؟ على وجهين . وقال بعضهم : لايجب إلا حد واحد قولا واحداً . ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن وذكر الأجنبى فى لعانه أنه يسقط عنه حكمه . وإن لم يذكره فعلى وجهين .

ولنا : أن اللعان بينه فى أحد الطرفين ، فكان بينة فى الطرف الآخر كالشهادة . ولأن به حاجة إلى قذف الزانى لما أفسد عليه من فراشه ، وربما يحتاج إلى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه ، كما استدل النبى صلى الله عليه وسلم على صدق هلال بشبه الولد لشريك بن سحماء ، فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها قياساً له عليها .

٦٢٩١ فصـــل

ولو قذف امرأته وأجنبية أو أجنبياً بكلمتين ، فعليه حدان لها ، فيخرج من حد الأجنبية بالبينة خاصة ، ومن حد الزوجة بالبينة أو اللعان . وإن قذفهما بكلمة فكذلك ، إلا أنه إذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لها حداً واحداً أو حدين على روايتين . إحداهما : يحد حداً واحداً ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى فى القديم وزاد أبو حنيفة : سواء كان بكلمة أو بكلمات لأنهما حدان[2] من جنس ، فوجب أن تتداخل كحدود الزنا . والثانية : إن طالبوا مجتمعين فحد واحد ، وإن طالبوا متفرقين فلكل واحد حد ، لأنهم إذا اجتمعوا فى الطلب أمكن إيفاؤهم بالحد الواحد وإذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد إيفاء لمن لم يطالب ، لأنه لايجوز إقامة الحد له قبل المطالبة منه . وقال الشافعى فى الجديد : يقام[3] لكل واحد حد بكل حال ، لأنه حقوق لآدميين ، فلم تتداخل كالديون .

---

(١) أى لشريك . (٢) فى المطبوعة : حدود ، ومافى ٣٩ أوضح وأنسب للسياق

(٣) فى المطبوعة : فى الحد . والتصويب من ١٨ ، ٣٩ .

ولنا : أنه إذا قذفهما بكلمة واحده يجزىء حد واحد ، لأنه يظهر كذبه فى قذفه ، وبراءة عرضهما من رميه بحد واحد ، فأجزأ كما كان القذف لواحد . وإذا قذفهما بكلمتين وجب حدان ، لأنهما قذفان لشخصين ، فوجب لـكل واحد حد ، كما لو قذف الثانى بعـد حد الأول . وهكذا الحـكم فيما إذا قذف أجنبيتين أو أجنبيات ، فالتفصيل فيه على ما ذكرناه . وإن قذف أربع نسائه فالحـكم فى الحد كذلك ، وإن أراد اللعان فعليه أن يلاعن لـكل واحدة لعاناً مفرداً ، ويبدأ بلعان التى تبدأ بالمطالبة ، فإن طالبن جميعاً وتشاححن بدأ بإحداهن بالقرعة ، وإن لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن ، ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح . ويحتمل أن يجزئه لعان واحد ، فيقول أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتى هؤلاء الأربع من الزنا . وتقول كل واحدة أشهد بالله إنه لمن الـكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، لأنه يحصل المقصود بذلك . والأول أصح ، لأن اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة ، كالأيمان فى الديون .

٦٢٩٢ فصـــــل

ولو قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف أمها بـكلمتين ، والحـكم فى الحد لهما على مامضى من التفصيل فيه ، فإن اجتمعا فى المطالبة فبأيتهما يتقدم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : الأم ، لأن حقها آكد ، لـكونه لا يسقط إلا بالبينة . ولأن لها فضيلة الأمومة .

والثانى : تقديم البنت ، لأنه بدأ بقذفها ، ومتى حد لإحداهما ثم وجب عليه الحد للأخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الأولى . فإن قيل : إن الحد ههنا حق لآدمى فلم لا يوالى بينهما كالقصاص ، فإنه لو قطع يدى رجلين قطعنا يديه لهما ، ولم نؤخره ؟ قلنا : لأن حد القذف لا يتـكرر بتـكرر سببه قبل إقامة حده ، فالموالاة بين حدين فيـه تخرجه عن موضوعه . والقصاص يجوز أن تقطع الأطراف كلها فى قصاص واحد ، فإذا جاز لواحد فلاثنين أولى .

٦٢٩٣ فصـــــل

وإن قذف محصناً مرات فحد واحد ، رواية واحدة . سواء قذفه بزنا آخر ، أو كرر القذف بالأول، لأنهما حدان ترادف سببهما ، فتداخلا كالزنا مراراً ، وإن قذفه فحد له ، ثم قذفه مرة أخرى بذلك الزنا ، فلا حد عليه ، لأنه قد تحقق كذبه فيه بالحد ، فلاحاجة إلى إظهار كذبه فيه ثانياً . ولما جلد عمر أبا بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة أعاد قذفه فهم عمر بإعادة الحد عليه ، فقال له على : إن جلدته فارجم[1]

(١) قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله قول على : إن جلدته فارجم صاحبه قال : كأنه جعل شهادته شهادة رجلين قال أبو عبد الله : وكنت أنا أفسره على هذا حتى رأيته فى الحديث فأعجبنى ثم قال : يقول : إذا جلدته ثانية فـكأنك جعلته شاهداً آخر (ف)

صاحبه ، فتركه . ولـكنه يعزر تعزير السب والشتم . وذكر القاضى أن فيه رواية أخرى : أن عليه الحد ثانياً . لأنه قذف ثان بعد إقامة الحد عليه ، فأشبه ما لو قذفه بزنا ثان . وأما إن قذفه بزنا آخر فعليه حد آخر ، لأنه قذف لمحصن لم يحد فيه ، فوجب أن يتعقبه[1] الحد كالأول ، ولأن سبب الحد وجد بعد إقامته فأعيد عليه : كالزنا والسرقة . وعن أحمد رواية أخرى : لاحد عليه فى الثانى ، لأنه حد لصاحبه مرة ، فلا يعاد عليه الحد كما لو قذفه بالزنا الأول . وعلى هذه الرواية يعزر تعزير السب والشتم . وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارب القذف الثانى من الحد ، فأما إذا تباعد زمانهما وجب الحد بكل حال ، لأنه لايجوز أن يـكون حده مرة من أجله ، فوجب إطلاق عرضه له . ومذهب الشافعى فى هذا كمذهبنا ، إلا أنهم حكوا عن الشافعى فيما إذا أعاد القذف بزنا ثان قبل إقامة الحد قولين .

أحدهما : يجب حد واحد .

والثانى : يجب حدان . فأما إن قذف أجنبية ثم تزوجها ، ثم قذفها فعليه الحد للقذف الأول ، ولاشىء عليه للثانى فى قول أبى بكر . وحكى نحو ذلك عن الزهرى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . لأنه لو قذف أجنبية قذفين لم يجب عليه أكثر من حد واحد ، واختار القاضى : أنه إن قذفها بالزنا الأول لم يكن عليه أكثر من حد واحد ، وليس له إسقاطه إلا بالبينة ، وإن قذفها بزناً آخر فهو على الروايتين فيما إذا قذف الأجنبية ثم حد لهـا ثم قذفها بزناً آخر . فإن قلنا : يجب حدان ، فطالبت المرأة بموجب القذف الأول ، فأقام به بينة سقط عنه حده ، ولم يجب فى الثانى حد ، لأنها غير محصنة وإن لم يقم بينة حد لهـا ، ومتى طالبته بموجب الثانى فأقام به بينة أو لاعنها سقط ، وإلا وجب عليه أيضاً ، لأن هذا القذف موجبه غير موجب الأول . فإن الأول موجبه على الخصوص ، والثانى موجبه اللعان والحد ، وإن بدأت بالمطالبة بموجب الثانى فأقام بينة به ، أو لاعن ، سقط حده ، ولها المطالبة بموجب الأول ، فإن أقام به بينة ، وإلا حُدَّ .

قال القاضى : إن أقام بالثانى[2] بينة سقط موجب الأول ، وهو مذهب الشافعى ، لأنها صارت غير محصنة ، ولا يثبت لها حد المحصنات .

ولنـا : أن سقوط إحصانها فى الثانى لايوجب سقوطه فيما قبل ذلك ، كما لو استوفى حده قبل إقامة البينة . ولعل هذا ينبنى على ما إذا قذف رجلا ، فلم يقم الحد على القاذف حتى زنى المقذوف ، وإن لم يقم بينة عليهما ولم يلتعن للثانى لم يجب إلا حد واحد نص عليه أحمد ، ولأنهما حدان من جنسين ترادفا ، فلم يقم أحدهما ، فتداخلا كما لو قذفها وهى أجنبية قذفين . ولو قذف زوجته فحد لها ، ثم أعاد قذفها بذلك

(١) فى ١٨ : يعقبه (٢) فى ١٨ : على الثانى

الزنا، لم يحد لها لما ذكرنا في إعادة قذف الأجنبي . ولـكن يعزر للأذى[1] والسب ، وليس له إسقاط التعزير باللعان ، لأنه تعزير سب لا تعزير قذف ، إلا على الرواية التي تلزم الأجنبي حدين بإعادة القذف ، فإنه يلزمه ههنا حد ، وله إسقاطه باللعان . وإن ولد له ولد بعد حده فذكر أنه من ذلك الزنا ، فله اللعان لإسقاطه على كلتا الروايتين ، لأنه محتاج إلى نفيه ، وإن قذفها في الزوجية بزناءين فليس عليه إلا حد واحد ، ويكفيه لعان واحد ، لأنه يمين ، فإذا كان الحقان لواحد كفته يمين واحدة ، لـكنه يحتاج أن يقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزناءين .

وفارق ما إذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد ؛ لأن اليمين وجبت لـكل واحدة منهما ، فلا تتداخل كسائر الأيمان وإن أقام البينة بالأول سقط عنه موجب الثاني ، لأنه زال إحصانها ، ولا لعان إلا أن يكون فيه نسب يريد نفيه ، وإن أقامها بالثاني لم يسقط الحد الأول ، وله إسقاطه باللعان إلا على قول القاضي ، فإنه يسقط بإقامة البينة على الثاني ، وإن قذفها في الزوجية ولاعنها ، ثم قذفها بالزنا الأول فلا حد عليه ، لأنه حققه بلعانه ، ويحتمل أن يحد كما لو قذفها به أجنبي ، وهو قول القاضي ، ولو قذفها به أجنبي أو بزنا غيره فعليه الحد في قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عباس ، والزهري ، والشعبي ، والنخعي وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد . وذكر أبو عبيد ، عن أصحاب الرأي ، أنهم قالوا : إن لم ينف بلعانها ولداً حد قاذفها ، وإن نفاه فلا حد على قاذفها ، لأنه منتف عن زوجها بالشرع .

ولنا : ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من رماها أو ولدها فعليه الحد » رواه أبو داود ، وهذا نص ، فإنه نص على من رماها مع أن ولدها منفي عن الملاعن شرعاً ، ولأنه لم يثبت زناها ، ولا زال إحصانها ، فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى : « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُم ثمانين جلدة »[2] . وكما لو لم ينف ولدها . فأما إن أقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا أو بغيره فلا حد عليه لأنه قد زال إحصانها ، ولأن هذا القذف لم يدخل المعرة عليها ، وإنما دخلت المعرة بقيام البينة ، ولـكنه يعزر تعزير السب والأذى ، وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه ، وبه قال الشافعي . وأصحاب الرأي . ولـكنه يعزر تعزير السب والأذى ، ولا يملك الزوج إسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمنا . وإن قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد ، لأنها بانت منه باللعان ، وصارت أجنبية ، إلا أن يضيف الزنا إلى حال الزوجية ، فعند ذلك إن كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه ، وإلا لزمه الحد ولا لعان بينهما .

---

(١) في ١٨ بالأذى (٢) سورة النور آية ٤ .

٦٢٩٤ مســـألة

قال : ﴿ فإن التعن هو ، ولم تلتعن هى ، فلا حد عليها ، والزوجية بحالها ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها . وبه قال الحسن ، والأوزاعى ، وأصحاب الرأى . وروى ذلك عن الحارث العكلى ، وعطاء الخراسانى ، وذهب مكحول ، والشعبى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأبو إسحاق ، والجوزجانى ، وابن المنذر : إلى أن عليها الحد ، لقول الله تعالى : « وَيَدْرَأُ عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تَشْهَد أَرْبَعَ شَهَادَات »[1] . والعذاب الذى يدرؤه لعانها هو الحد المذكور فى قوله سبحانه : « وَلْيَشْهد عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ المُؤْمنِينَ »[2] . ولأنه بلعانه حقق زناها ، فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة .

ولنا : أنه لم يتحقق زناها ، فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن . ودليل ذلك : أن تحقق زناها لايخلو ، إما أن يكون بلعان الزوج ، أو بنكولها ، أو بهما ، لايجوز أن يكون بلعان الزوج وحده ، لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ، ولا وجب الحد على قاذفها ، ولأنه إمايمين ، وإما شهادة ، وكلاهما لايثبت بنكولها . لأن الحد لايثبت بالنكول ، فإنه يدرأ بالشبهات ، فلا يثبت بها . وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خفرها ، أو لعقلة على لسانها ، أو غير ذلك فلا يجوز إثبات الحد الذى اعتبر فى بينته من العدد ضعف مااعتبر فى سائر الحدود واعتبر فى حقهم أن يصفوا صورة الفعل ، وأن يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة فى نفى الشبهات عنه ، وتوسلا إلى إسقاطه ، ولا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذى هو فى نفسة شبهة لايقضى به فى شىء من الحدود ولا العقوبات ، ولاماعدا الأموال . مع أن الشافعى لايرى القضاء بالنكول فى شىء ، فكيف يقضى به فى أعظم الأمور وأبعدها ثبوتاً ، وأسرعها سقوطاً ، ولأنها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لايجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى . ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لأن مالا يقضى فيه باليمين المفردة لايقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق . ولأن مافى كل واحد منهما من الشبهة لاينتفى بضم أحدهما إلى الآخر فإن احتمال نكولها لفرط حيائها ، وعجزها عن النطق باللعان فى مجمع الناس لايزول بلعان الزوج . والعذاب يجوز أن يكون الحبس أو غيره ، فلا يتعين فى الحد . وإن احتمل أن يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال ، وقد يرجح ماذكرناه بقول عمر رضى الله عنه : إن الحد على من زنا وقد أحصن إذا كانت بينة ، أو كان الحمل ، أو الاعتراف فذكر موجبات الحد ، ولم يذكر اللعان .

واختلفت الرواية : فيما يصنع بها فروى أنها تحبس حتى تلتعن أو تقر أربعاً . قال أحمد : فإن أبت

(١) سورة النور آية ٨ . (٢) سورة النور آية ٢ .

المرأة أن تلتعن بعد التعان الرجل أَجْبَرْتُهَا عليه وهِبْتُ أن أحكم عليها بالرجم لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت فكيف إذا أبت اللعان ؟ ولا يسقط النسب إلا بالتعانهما جميعاً لأن الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش . قال القاضي : هذه الرواية أصح وهذا قول من وافقنا في أنه لاحد عليها وذلك لقول الله تعالى : « وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ »[1] فيدل على أنها إذا لم تشهد لايندرىء عنها العذاب .

والرواية الثانية : يخلى سبيلها وهو قول أبي بكر لأنه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة . فأما الزوجية فلا تزول والولد لاينتفي مالم يتم اللعان بينهما في قول عامة أهل العلم إلا الشافعي فإنه قضى بالفرقة ونفى الولد بمجرد لعان الرجل وقد ذكرنا ذلك .

٦٢٩٥ مســـألة

قال : ﴿ وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات ﴾ .

وجملته : أن الرجل إذا قذف امرأته فصدقته وأقرت بالزنا مرة أو مرتين أو ثلاثا لم يجب عليها الحد لأنه لايثبت إلا بإقرار أربع مرات على مايذكر في الحدود ثم إن كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لأن اللعان كالبينة إنما يقام مع الإنكار وإن كان بعد لعانه لم تلاعن هي لأنها لا تحلف مع الإقرار وحكمها حكم مالو امتنعت من غير غير إقرار وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي إن صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له أن يلاعن إلا أن يكون ثم نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه فإن كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على أن النسب ينتفي بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فإن الحد بإقرار مرة وهذه الأصول قد مضى أكثرها ولو أقرت أربعاً وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينفي وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه ، وإن أراد لعانها لنفي نسب فظاهر قول الخرقي إنه ليس له ذلك في جميع هذه الصور وهو قول أصحاب الرأي .

وقال الشافعي : له لعانها لنفي النسب فيها كلها ، لأنها لو كانت عفيفة صالحة فكذبته ملك نفي ولدها ، فإذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفي ولدها أولى . ووجه الأول : أن نفي الولد إنما يكون بلعانهما معاً ، وقد تعذر اللعان منهما ، ولأنها لا تستحلف على نفي ماتقر به ، فتعذر نفي الولد لتعذر سببه ، كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان .

٦٢٩٦ فصـــل

ولو قال لامرأته : يازانية ، فقالت : بك زنيت ، فلا حد عليها ولا عليه . وقال أصحاب الشافعي :

---

(١) سورة النور آية ٨ .

عليه حد القذف ، لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفي الزنا عن نفسها ، كما يستعمل أهل العرف فيما إذا قال قائل سرقت قال : معك سرقت ، أي : أنا لم أسرق ، لكونك أنت لم تسرق .

ولنا : أنها صدقته في قذفه إياها ، فأشبه مالو قالت[1] : صدقت . ولا حد عليها لأن حد الزنا لا يثبت إلا بالإقرار أربع مرات ، وليس عليها حد القذف ، لأنها لم تقذفه ، وإنما أقرت على نفسها بزناها به ويمكن ذلك من غير كونه زانياً ، بأن يظنها زوجته وهي عالمة أنه أجنبي ، ولأنه يحتمل أن تريد نفي ذلك عنهما كما ذكروه ، أو أنه لم يطأني سواك ، فإن لم يكن زنا فأنت شريكي فيه ، ولا يجب الحد مع الاحتمال ، ولا يلزم من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها وجوبه عليها مع الاحتمال ، فإن الحد يدرأ بالشبهات ولا يجب بها . ولو قال : يازانية فقالت : أنت أزنى مني ، فقال أبو بكر فيها كالتي قبلها ، لاحد على الزوج بتصديقها له ، ولا على المرأة لما ذكرنا في التي قبلها .

وقال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ليس قولها قذفاً : قال الشافعي إلا أن تريد القذف ، لأنه يحتمل أن تريد أنه أصابني وهو زوجي ، فإن كان ذلك فهو أبلغ مني فيه . وقال القاضي : عليها حد لقذفها ، ولا حد عليه لتصديقها إياه ، وقد أتت بصريح قذفه بالزنا ، فوجب عليها الحد كما لو قالت : أنت زان . والاحتمال مع التصريح بالقذف لا يمنع الحد ، كما قالت : أنت زان . فأما إن قال : يازانية ، فقالت : بل أنت زان ، فكل واحد منهما قاذف لصاحبه ، عليه حد القذف ، لأن المرأة لا تملك إسقاط حدها إلا بالبينة ، والزوج يملك إسقاطه ببينة أو لعان .

---

(١) في المطبوعة : قال . والسياق يقتضي ما في ١٨ ، ٣٩ .

كتاب العدد

الأصل فى وجوب العدة الكتاب ، والسنة ، والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)(١) وقوله سبحانه : (وَاللَّائِى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِى لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)(٢) . وقوله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)(٣) وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا »(٤) . وقال لفاطمة بنت قيس : « اعتدى فى بيت ابن أم مكتوم »(٥) فى آى وأحاديث كثيرة ، وأجمعت الأمة على وجوب العدة فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى أنواع منها ، وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها ، لقول الله تعالى : (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً)(٦) ، ولأن العدة تجب لبراءة الرحم ، وقد تيقناها هاهنا ، وهكذا كل فرقة فى الحياة ، كالفسخ لرضاع ، أو عيب ، أو عتق ، أو لعان ، أو اختلاف دين .

٦٢٩٧ فصـــل

وتجب العدة على الذمية من الذمى والمسلم ، وقال أبو حنيفة : إن لم تكن من دينهم لم تلزمها ، لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين .

ولنا : عموم الآيات ، ولأنها بائن بعد الدخول ، أشبه المسلمة ، وعدتها كعدة المسلمة فى قول علماء الأمصار ، منهم مالك ، والثورى ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، ومن تبعهم ، إلا ماروى عن مالك ، أنه قال : تعتد من الوفاة بحيضة .

ولنا : عموم قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)(٧) ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) سورة الطلاق آية ٤ .
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٤ (٤) أخرجه الشيخان عن أم سلمة .
(٥) أخرجه مسلم عن فاطمة بنت قيس (ف)
(٦) سورة الأحزاب آية ٤٩ (٧) سورة البقرة آية ٢٣٤

٦٢٩٨ فصل

والمعتدات ثلاثة أقسام :

معتدة : بالحمل ، وهى كل امرأة حامل من زوج ، إذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ ، أو موته عنها ، حرة كانت أو أمة ، مسلمة أو كافرة ، فعدتها بوضع الحمل ، ولو بعد ساعة ، لقول الله تعالى : « وأولاتُ الأحمالِ أجلهن أنْ يضعْنَ حَمْلَهنَّ » (١) .

والثانى : معتدة بالقروء ، وهى كل معتدة من فرقة فى الحياة ، أو وطء فى غير نكاح ، إذا كانت ذات قرء ، فعدتها القرء ، لقول الله تعالى : « والمُطلَّقاتُ يتربَّصْنَ بأنفسهن ثلاثة قُرُوء » (٢) .

والثالث : معتدة بالشهور ، وهى كل من تعتد بالقرء إذا لم تكن ذات قرء لصغر ، أو يأس ، لقول الله تعالى : « واللائِى يئسْنَ من المَحِيض منْ نِسَائِكُمْ إن ارْتَبْتُمْ فعدتُهُنَّ ثلاثةُ أشهُرٍ واللاَّئى لم يَحِضْنَ » (٣) وذات القرء إذا ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل ، وعدة الآيسة وكل من توفى عنها زوجها ، ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده ، حرة أو أمة ، فعدتها بالشهور ، لقول الله تعالى : « والّذِينَ يُتَوَفَّونَ منكُمْ وَيَذَرُونَ أزْواجاً يَتَرَبَّصْنَ بأنْفُسهنَّ أرْبعةَ أشْهُرٍ وعَشْراً » (٤) .

٦٢٩٩ فصل

وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق . سواء كانت بخلع ، أو لعان ، أو رضاع ، أو فسخ بعيب ، أو إعسار ، أو إعتاق ، أو اختلاف دين ، أو غيره ، فى قول أكثر أهل العلم . وروى عن ابن عباس : أن عدة الملاعنة تسعة أشهر ، وأبى ذلك سائر أهل العلم . وقالوا : عدتها عدة الطلاق ، لأنها مفارقة فى الحياة ، فأشبهت المطلقة . وأكثر أهل العلم يقولون عدة المختلعة عدة المطلقة . منهم سعيد بن المسيب ، وسالم بن عبد الله ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وقتادة ، وخلاس بن عمرو ، وأبو عياض ، ومالك ، والليث ، والأوزاعى ، والشافعى ، وروى عن عثمان بن عفان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبان بن عثمان ، وإسحاق ، وابن المنذر : أن عدة المختلعة حيضة ، ورواه ابن القاسم ، عن أحمد ، لما روى ابن عباس : « أن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت منه ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة » . رواه النسائى . وعن الربيع بنت معوذ مثل ذلك ، وأن عثمان قضى به ، رواه النسائى وابن ماجه .

(١) سورة الطلاق آية ٤
(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .
(٣) سورة الطلاق آية ٤
(٤) سورة البقرة آية ٢٣٤ .

والظهار ، لأن الحكم علق ههنا على الخلوة التى هى مظنة الإصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلا بها فأتت

ولنا قول الله تعالى : « والْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثلاثةَ قُرُوءٍ »[(١)] ، ولأنها فرقة بعد الدخول فى الحياة ، فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « قرء الأمة حيضتان »[(٢)] عام ، وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا . قال أبو بكر : هو ضعيف مرسل . وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر ، وعلى ، فإنهما قالا : عدتها ثلاث حيض . وقولهما أولى . وأما ابن عمر . فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال : عدة المختلعة عدة مطلقة[(٣)] وهو أصح عنه .

٦٣٠٠ فصــــل

والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة فى نكاح فاسد وبهذا قال الشافعى ، لأن وطء الشبهة وفى النكاح الفاسد فى شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء فى النكاح الصحيح ، فكان مثله فيما تحصل به البراءة . وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها ، كيلا يفضى إلى اختلاط المياه ، واشتباه الأنساب ، وله الاستمتاع منها بما دون الفرج فى أحد الوجهين ، لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض يختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض .

٦٣٠١ فصــــل

والمزنى بها كالموطوءة بشبهة فى العدة ، وبهذا قال الحسن ، والنخعى ، وعن أحمد رواية أخرى : أنها تستبرأ بحيضة ، ذكرها ابن أبى موسى ، وهذا قول مالك ، وروى عن أبى بكر ، وعمر رضى الله عنهما : لاعدة عليها . وهو قول الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، لأن العدة لحفظ النسب ، ولا يلحقه نسب ، وقد روى عن على رضى الله عنه مايدل على ذلك .

ولنا : أنه وطء يقتضى شغل الرحم ، فوجبت العدة منه كوطء الشبهة . وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وقولهم إنما تجب لحفظ النسب لايصح فإنها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنفى ولدها ، والآيسة والصغيرة ، ولما وجب استبراء الأمة التى لايلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الأمة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة إليها داعية ، فإن المزنى بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا ، فلا يحصل حفظ النسب .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .
(٢) سيأتى قريباً تخريجه فى المغنى . (ف)
(٣) فى ٢٩، ١٨ : المطلقة .

٦٣٠٢ مســـألة

قال رحمه الله تعالى ﴿ وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التى طلقها فيها ﴾ .

فى هذه المسألة ثلاثة فصول .

٦٣٠٣ أحـــدها

أن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وإن لم يمسها . ولا خلاف بين أهل العلم فى وجوبها على المطلقة بعد المسيس،فأما إن خلا بها ولم يصبها ، ثم طلقها ، فإن مذهب أحمد : وجوب العدة عليها ، وروى ذلك عن الخلفاء الراشدين ، وزيد ، وابن عمر وبه قال عروة ، وعلى بن الحسين ، وعطاء ، والزهرى ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى قديم قوليه ، وقال الشافعى فى الجديد: لاعدة عليها ، لقوله تعالى : « يا أَيُّهَا الذينَ آمنُو إذا نَكَحْتُمْ المؤمنات ثمَّ طلقتموهنَّ من قبل أنْ تمسوهُنَّ فما لكُمْ عليهنَّ منْ عدةٍ تَعْتَدُّونَها[1] » . وهذا نص ، ولأنها مطلقة لم تمس ، فأشبهت من لم يخل بها .

ولنا إجماع الصحابة روى الإمام أحمد ، والأثرم ، بإسنادهما عن زرارة بن أوفى ، قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً ، أو أغلق باباً ، فقد وجب المهر ، ووجبت العدة . ورواه الأثرم أيضاً ، عن الأحنف ، عن عمر ، وعلى . وعن سعيد بن المسيب ، عن عمر ، وزيد بن ثابت ، وهـذه قضايا اشتهرت ، فلم تنكر ، فصارت إجماعاً . وضعّف أحمد ماروى فى خلاف ذلك ، وقد ذكرناه فى كتاب الصداق ، ولأنه عقد على المنافع ، فالتمكين فيه يجرى مجرى الاستيفاء فى الأحكام المتعلقة ، كعقد الإجارة . والآية مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يصح القياس على من لم يخل بها ، لأنه لم يوجد منها التمكين[2] .

٦٣٠٤ فصـــل

وظاهر كلام الخرق أنه لافرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء ، أو مع عدمه ، سواء كان المانع حقيقياً ، كالجب ، والعنة ، والفتق ، والرتق . أو شرعياً كالصوم ، والإحرام ، والحيض ، والنفاس ، والظهار ، لأن الحكم علق ههنا على الخلوة التى هى مظنة الإصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه ، وإن لم يطأ . وقد روى عن أحمد : أن الصداق لايكمل مع وجود المانع ،

(١) سورة الاحزاب آية ٤٩ .

(٢) فى ٢٩ : تمكين .

فـكذلك يخرج فى العدة . وروى عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وشبهه منع كمال الصداق ، ولم تجب العدة ، لأن الخلوة إنما أقيمت مقام المسيس ، لأنها مظنة له ، ومع المانع لاتتحقق المظنة . وأما إن خلا بها وهى صغيرة لايمكن وطؤها، أو كان أعمى فلم يعلم بها ، فلا عدة عليها ، ولا يكمل صداقها ، لأن المظنة لاتتحقق مع ظهور استحالة المسيس .

٦٣٠٥ الفصل الثانى

أن عدة المطلقة إذا كانت حرة وهى من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم ، وذلك لقول الله تعالى : (والمطلقاتُ يتربَّصْنَ بأنفسِهِنَّ ثلاثة قُرُوء)[1] والقرء فى كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعاً ، فهو من الأسماء المشتركة ، قال أحمد بن يحيى ثعلب : القروء : الأوقات الواحد قرء ، وقد يكون حيضاً ، وقد يكون طهراً لأن كل واحد منهما يأتى لوقت . قال الشاعر[2] :

كَرِهْتُ العَقْرَ عَقْرَ بَنِى تميم إذا هَبَّتْ لِقَارِئِهـــا الرِّياحُ

يعنى لوقتها . وقال الخليل بن أحمد : يقال : أقرأت المرأة ، إذا دنا حيضها ، وأقرأت إذا دنا طهرها ، وفى الحديث عن النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم : « دعى الصلاة أيام أقرائك »[3] ، فهذا الحيض ، وقال الشاعر[4] :

مورِّثةٌ عِزًّا وفى الحى رفعـــةً لما ضاع فيها من قُروء نسائكا

فهذا الطهر ، واختلاف أهل العلم فى المراد بقوله سبحانه : (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)[5] ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) هو مالك بن الحرث الهذلى كما فى اللسان ج ١ ص ١٣٢ وفيه وفى ديوان الهذليين قسم ٣ ص٨٣ (بنى شليل) ، قارىء : وقت أى لوقت هبوبها وشدة بردها والعقر : مكان وكرهه لأنه قوتل فيه ، و (شليل) : جد جرير بن عبد الله البجلى . (ف)

(٣) أخرجه أبو داود عن فاطمة بنت حبيش بلفظ « إذا أتى قرؤك فلا تصلى » . (ف)

(٤) قائله الأعشى وهو فى ديوانه ص ٩١ ونصه :

« وفى كل عام أنت جاشم غزوة تشـــد لأقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفى الحمد رفعـــة . . . . »

وفى لسان العرب ج ١ ص ١٣٠ « مورثة مالا وفى الحى رفعة » .

ومعنى البيتين : لك فى كل عام غزوة ترث منها المال والمجد الذى يعوقك عن إتيان نسائك . وإتيان النساء فى الطهر لا فى الحيض . (ف)

(٥) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

واختلفت الرواية فى ذلك عن أحمـد فروى أنها الحيض . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عبـاس ، وسعيد بن المسيب ، والثورى ، والأوزاعى ، والعنبرى ، وإسحاق ، وأبى عبيد ، وأصحـاب الرأى . وروى ذلك عن أبى بكر الصديق ، وعثمان بن عفان ، رضى الله عنهما ، وأبى موسى ، وعبادة بن الصامت وأبى الدرداء قال القاضى : الصحيح عن أحمد أن الأقراء : الحيض ، وإليه ذهب أصحابنا ، ورجع عن قوله بالأطهار ، فقال فى رواية النيسابورى : كنت أقول إنه الأطهار ، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض . وقال فى رواية الأثرم : كنت أقول الأطهار ، ثم وقفت لقول الأكابر .

والرواية الثانية عن أحمـد أن القروء الأطهار ، وهو قول زيد ، وابن عمر ، وعائشة ، وسليمان بن يسار ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، وعمر بن عبدالعزيز ، والزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وأبى ثور ، وقال أبو بكر بن عبـد الرحمن : ماأدركت أحـداً من فقهائنا إلا ، وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر : رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار . قال فى رواية الأثرم رأيت الأحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف . والأحاديث عمن قال إنه [الطهر] أحق بها حتى تدخل فى الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية . واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى : (فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[1] أى فى عدتهن ، كقوله تعالى : (وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ)[2] أى فى يوم القيامة ، وإنما أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض ، ويدل عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر : « مره فليراجعها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » متفق عليه . وفى رواية ابن عمر : « فطلقوهن فى قُبُل عدتهن » ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح ، فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق ، وكعدة الآيسة[3] والصغيرة .

ولنا قول الله تعـالى : (واللائى يئسنَ من المحيض مِن نسائِـكُمْ إن ارتبتُمْ فعدتُهُنَّ ثلاثةُ أشهُر واللائى لَمْ يَحِضْن)[4] فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر ، فدل ذلك على أن الأصل الحيض كما قال تعالى : (فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً)[5] الآية . ولأن المعهود فى لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : « تدع الصلاة أيام أقرائها » . رواه أبو داود . وقال لفاطمة بنت أبى حبيش : « انظرى فإذا أتى قرؤك فلا تصلى ، وإذا مر قرؤك فتطهرى ، ثم صلى مابين القرء إلى القرء » . رواه النسائى ، ولم يعهد فى لسانه بمعنى الطهر فى موضع ، فوجب أن يحمل كلامه على المعهود فى لسانه . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم : أنه قال : « طـلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان » .

---

(١) سورة الطلاق آية ١ (٢) سورة الأنبياء آية ٤٧ .
(٣) فى ١٨ اليائسة وهما بمعنى واحد (٤) سورة الطلاق آية ٤ .
(٥) سورة المائدة آية ٦

رواه أبو داود وغيره ، فإن قالوا : هذا يرويه مظاهر بن مسلم ، وهو منـكر الحـديث . قلنا : قد رواه عبد الله بن عيسى ، عن عطية العوفى ، عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجه فى سننه ، وأبو بكر الخلال فى جامعه ، وهو نص فى عدة الأمة ، فكذلك عـدة الحرة ، ولأن ظاهر قوله تعالى : (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)[1] وجوب التربص ثلاثة كاملة ، ومن جعل القروء الأطهار لم يوجب ثلاثة ، لأنه يـكتفى بطهرين وبعض الثالث ، فيخالف ظاهر النص . ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ، ولأن العدة استبراء ، فكانت بالحيض كاستبراء الأمة ، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذى يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به ، فإن قيل: لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة ، وإنما هو بالطهر الذى قبـل الحيضة كذلك ، قال ابن عبد البر ، وقال: قولهم إن استبراء الأمة حيضة بإجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت فى الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه فى مناظرته إياه ، قلنا: هذا يرده قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأن الاستبراء تعرف براءة الرحم ، وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذى قبلها ، ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم ، فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه[1] وتارة تحصل بما ينافيه ، وهو الحيض الذى لا يتصور وجوده معه ، فأما قوله تعالى : (فطلقوهن لعدتهن)[3] فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق فى العدة ضرورة أن الطلاق سبق العدة ، لـكونه سببها ، والسبب يتقدم على الحـكم ، فلا يوجد قبله والطلاق فى الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الأقراء الحيض .

٦٣٠٦ الفصل الثالث

أن الحيضة التى طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف بين أهل العـلم ، لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء ، فتتناول ثلاثة كاملة ، والتى طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها ، ولأن الطلاق إنما حرم فى الحيض لمـا فيه من تطويل العدة عليها ، فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً كان أقصر لعدتها وأنفع لها ، فلم يكن محرماً[4] ، ومن قال القروء الأطهار احتسب لها بالطهر الذى طلقها فيه قرءاً ، فلو طلقها وقد بقى من قرئها لحظة حسبها قرءاً . وهـذا قول كل من قال القروء الأطهار ، إلا الزهرى وحده ، قال: تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذى طلقها فيه . وحكى عن أبى عبيد : أنه إن كان جامعها

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) فى ١٨ ، ٢٩ : بالوضع .
(٣) سوره الطلاق آية ١ .
(٤) فى النسخ (محروماً) والصواب (محرماً) كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ١٠٠ (ف)

فى الطهر لم يحتسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض .

ولنا : أن الطلاق حرم فى زمن الحيض دفعاً لضرر تطويل العدة عليها ، فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءاً كان الطلاق فى الطهر أضرّ بها ، وأطول عليها . وما ذكر عن أبى عبيد لا يصح ، لأن تحريم الطلاق فى الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته ، فلا يجوز أن تجعل العلة فى عدم الاحتساب تحريم الطلاق ، فتصير العلة معلولا ، وإنما تحريم الطلاق فى الطهر الذى أصابها فيه ، لكونها مرتابة ، ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها ، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فإن الطلاق يقع فى أول الحيضة ويكون محرماً ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض بعدها ، أو ثلاثة أطهار على الرواية الأخرى . ولو قال لها : أنت طالق فى آخر طهرك أو فى آخر جزء من طهرك أو انقضت حروف الإيقاع ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع فإنها لا تحتسب بالطهر الذى وقع فيه الطلاق ، لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ، ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قاربه ومن جعل القرء الحيض اعتدّ لها بالحيضة التى تلى الطلاق ، لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق ، فوجب أن تعتدّ بها قرءاً . وإن اختلفا فقال الزوج : وقع الطلاق فى أول الحيض ، وقالت : بل فى آخر الطهر ، أو قال : انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، وقالت : بل وقد بقى منه بقية ، فالقول قولها ، لأن قولها مقبول فى الحيض وفى انقضاء العدة .

٦٣٠٧ مسألة

قال : ﴿ فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج ﴾ .

حكى أبو عبد الله بن حامد فى هذه المسألة روايتين :

إحداهما : أنها فى العدة مالم تغتسل ، فيباح لزوجها ارتجاعها ، ولا يحل لغيره نكاحها . قال أحمد : عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، يقولون : قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، والثورى ، وإسحاق . وروى ذلك عن أبى بكر الصديق ، وعثمان بن عفان ، وأبى موسى ، وعبادة ، وأبى الدرداء ، رضى الله عنهم . قال شريك : له الرجعة وإن فرطت فى الغسل عشرين سنة . قال أبو بكر : وروى عن أبى عبد الله : أنها فى عدتها ، ولزوجها رجعتها ، حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها ، وهذا قول الثورى ، وبه قال أبو حنيفة : إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض . فإن انقطع لأكثره انقطعت العدة بانقطاعه . ووجه اعتبار الغسل قول الأكثرين من الصحابة ولا مخالف لهم فى عصرهم فيكون[1] إجماعاً ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض .

---

(١) فى ٣٩ : فكان .

والرواية الثانية : أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها . اختاره أبو الخطاب ، وهو قول سعيد بن جبير ، والأوزاعي ، والشافعي في القديم ، لأن الله تعالى قال : (يتربّصْن بأنفسهن ثلاثة قروء) ، وقد كانت القروء بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ولأنه لم يبق في حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة ، فكذلك فيما نحن فيه ، قال القاضي : إذا شرطنا الغسل أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج ، فأما سائر الأحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها .

٦٣٠٨ فصـــل

وإن قلنا القروء الأطهار فطلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة ، وإن طلقها حائضاً انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة . وهذا قول زيد بن ثابت ، وابن عمر ، وعائشة ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، ومالك ، وأبي ثور ، وهو ظاهر مذهب الشافعي، وحكي عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي زمن الدم ، يوم وليلة ، لجواز أن يكون الدم دم فساد ، فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال . وحكى القاضي هذا احتمالاً في مذهبنا أيضاً .

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم عنهم بإسناده ، ولفظ حديث زيد بن ثابت « إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها » وقولهم إن الدم يكون دم فساد قلنا قد حكم بكونه حيضاً في ترك الصلاة ، وتحريمها على الزوج ، وسائر أحكام الحيض ، فكذلك في انقضاء العدة ، ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال ، فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم ، كما لو قال لها : إن حضت فأنت طالق ، واختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال : اليوم والليلة من العدة ، لأنه دم تكمل به العدة ، فكان منها كالذي في أثناء الأطهار ، ومنهم من قال : ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها ولأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين .

٦٣٠٩ مســـألة

قال ﴿ وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية ﴾

أكثر أهل العلم يقولون عدة الأمة بالقرء قرءان. منهم : عمر ، وعلي ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعبد الله بن عتبه ، والقاسم ، وسالم ، وزيد بن أسلم ، والزهري ، وقتادة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وعن ابن سيرين : عدتها عدة الحرة ، إلا أن تكون

قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء[1] » .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « قرء الأمة حيضتان » وقد ذكرناه . وقول عمر وعلى وابن عمر ولم نعرف لهم مخالفاً فى الصحابة فكان إجماعاً وهذا يخص عموم الآية ولأنه معنى ذو عدد بنى على التفاضل فلا تساوى فيه الأمة الحرة كالحد وكان القياس يقتضى أن تكون حيضة ونصفاً كما كان حدها على النصف من حد الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفاً لفعلت فإذا تقرر هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية فى إحدى الروايتين وفى الأخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية وعلى الرواية التى تقول إن القروء الأطهار فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية .

٦٣١٠ مسـألة

قال : (وإن كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر) .

أجمع أهل العلم على هذا، لأن الله تعالى ذكره فى كتابه بقوله سبحانه[2] : (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) فإن كان الطلاق فى أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة لقول الله تعالى[3] (يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج) وقال سبحانه[4] (إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً فى كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم) ولم يختلف الناس فى أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهلة وإن وقع الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالأهلة ، ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً وهذا مذهب مالك ، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : تحتسب بقية الأول ، وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول ، تاماً كان أو ناقصاً ، لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالأهلة فإذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه . وخرج أصحابنا وجهاً ثانياً أن جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعى لأنه إذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثانى من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث .

ولنا : أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك إذا غم الشهر كمل ثلاثين والأصل الهلال فإذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا وإذا تعذر رجعوا إلى العدد وفى هذا انفصال عما ذكر لأبى حنيفه وأما التخريج الذى ذكرناه فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثانى ويجوز أن يكون تمامه من الرابع .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) سورة الطلاق آية ٤
(٣) سورة البقرة آية ١٨٩ (٤) سورة التوبة آية ٣٦

٦٣١١ فصــل

وتجب العدة من الساعة التى فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهـار اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله فى قول أكثر أهل العلم وقال أبو عبد الله بن حامد لاتحتسب بالساعات وإنما تحتسب بأول الليل والنهار فإذا طلقها نهاراً احتسبت من أول الليل الذى يليه ، وإن طلقها ليلا احتسبت بأول النهار الذى يليه . وهذا قول مالك ، لأن حساب الساعات يشق ، فسقط اعتباره .

ولنا : قول الله تعالى : « فعدتهن ثلاثة أشهر[1] » ولا تجوز الزيادة عليها بغير[2] دليل وحساب الساعات ممكن إما يقينا وإما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ماأوجبه الله تعالى .

٦٣١٢ مســألة

قال : ﴿ والأمة شهران ﴾

اختلفت الروايات عن أبى عبدالله فى عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضى الله عنه : عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء والزهرى وإسحاق وأحد قولى الشافعى لأن الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرءان فبدلها شهران . ولأنها معتدة بالشهور عن غير الوفاة فكان عددها كعدد القرء ولو كانت ذات قرء كالحرة .

والرواية الثانية : أن عدتها شهر ونصف نقلها الميمونى والأثرم واختارها أبو بكر وهذا قول على رضى الله عنه وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن المسيب ، وسالم ، والشعبى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وهو قول ثان للشافعى ، لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة ، وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف ، وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة ، فإذا صرنا إلى الشهور أمكن التنصيف ، فوجب المصير إليه كما فى عدة الوفاة ، ويصير هـذا كالمحرم إذا وجب عليه فى جزاء الصيد نصف مـدّ أجزأه إخراجه ، فإن أراد الصيام مكانه صام يوماً كاملا . ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة ولأنها معتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحرة كالمتوفى عنها زوجها.

والرواية الثالثة : أن عدتها ثلاثة أشهر ، وروى ذلك عن الحسن ، ومجاهد ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، ويحيى الأنصارى ، وربيعة ، ومالك ، وهو القول الثالث للشافعى لعموم قوله تعالى: (فعدتهن ثلاثة أشهر)[3] ، ولأنه استبراء للأمة الآيسة بالشهور ، فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الأمة إذا ملكها

---

(١) سورة الطلاق آية ٤ . (٢) فى ١٨ : من غير . (٣) سورة الطلاق آيه ٤

أو مات سيدها ، ولأن اعتبار الشهور ههنا للعلم ببراءة الرحم ، ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر فى الحرة والأمة جميعاً ، لأن الحمل يكون نطفة أربعين يوماً ، وعلقة أربعين يوماً ، ثم يصـير مضغة ، ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة ، فيظهر الحمل . وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ، ولذلك كان استبراء الأمة فى حق سيدها ثلاثة أشهر ، ومن رد هذه الرواية قال : هى مخالفة لإجماع الصحابة ، لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ، ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز إحداث قول ثالث ، لأنه يفضى إلى تخطئتهم ، وخروج الحق عن قول جميعهم ، ولا يجوز ذلك . ولأنها معتدة لغير الحمل فـكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى عنها زوجها .

٦٣١٣ فصـــل

واختلف عن أحمد فى السن الذى تصير به المرأة من الآيسات ، فعنه أوله خمسون سنة ، لأن عائشة قالت : لن ترى المرأة فى بطنها ولداً بعد خمسين سنة . وعنه إن كانت من نساء العجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب فستون ، لأنهن أقوى طبيعة ، وقد ذكر الزبير بن بكار فى كتاب النسب أن هنـداً بنت أبى عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن بن على بن أبى طالب ولها ستون سنة . وقال : يقال إنه لن تلد[1] بعد خمسين سنة إلا عربية ، ولا تلد لستين إلا قرشية وللشافعى قولان :

أحدهما : يعتبر السن الذى يتيقن أنه إذا إنه إذا بلغته لم تحض ، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة .

والثانى : يعتبر السن الذى تيأس فيه نساء عشيرتها لأن الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن والصحيح إن شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقـد صارت آيسة لأن وجود الحيض فى حق هذه نادر بدليل قول عائشة ، وقلة وجوده ، فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس عن وجوده ، فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر ، وإن انقطع قبـل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها ، لا تدرى مارفعه ، على ماسنذكره إن شاء الله . وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التى كانت تراه فيها فهو حيض فى الصحيح لأن دليل الحيض الوجود فى زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه ، وإن كان نادراً ، وإن رأته بعد الستين فقـد تيقن أنه ليس بحيض لأنه لم يوجد ذلك ، قال الخرقى ، فإذا رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعنـد ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر كالتى لا ترى دماً .

---

(١) فى ٣٩ : لا تلد .

٦٣١٤ فصـــــل

وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين ، لأن المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع ، وقد روى عن الشافعى أنه قال رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة ، فهذه إذا أسقطت من عمرها مدة الحملين فى الغالب عاماً ونصفاً وقسمت الباقى بينها وبين ابنتها كانت كل واحدة منهما قد حملت لدون عشر سنين ، فإن رأت دماً قبل ذلك فليس بحيض لأنه لم يوجد مثلها متكرراً والمعتبر من ذلك ماتكرر ثلاث مرات فى حال الصحة ، ولم يوجد ذلك فلا يعتد به .

٦٣١٥ فصـــــل

فإن بلغت سناً تحيض فيه النساء فى الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر فى ظاهر قول الخرقى ، وهو قول أبى بكر ، وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه ، وذلك ماروى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة قال القاضى هذه الرواية أصح لأنه متى أتى عليها زمان الحيض ، فلم تحض صارت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها ، فيجب أن تعتد بسنة كالتى ارتفع حيضها بعد وجوده .

ولنا : قول الله تعالى : (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن)[1] وهذه من اللائى لم يحضن ، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ، ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء[2] فى الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض ، وفارق من ارتفع حيضها ، ولا تدرى مارفعه ، فإنها من ذوات القروء ، وهذه لم تكن منهن .

٦٣١٦ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة ، وهى أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بَنَتْ على عدة حرة ، وإن طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ، فأعتقت اعتدت عدة أمة ﴾ .

هذا قول الحسن ، والشعبى ، والضحاك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وهذا أحد أقوال الشافعى ، والقول الثانى : تكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية ، وهو قول مالك ، وأبى ثور ، لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كالو كانت بائناً ، أو كالو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية ، فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد . وقال عطاء والزهرى وقتادة تبنى على عدة حرة بكل حال ، وهو القول الثالث للشافعى لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد فى أثناء العدة انتقلت إليها ، وإن كانت بائناً كالو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم .

---

(١) سورة الطلاق آية ٤ (٢) فى ١٨ : فى مثله النساء .

ولنا : أنها إذا عتقت وهى رجعية فقد وجدت الحرية ، وهى زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كالو أعتقت قبل الطلاق ، وإن أعتقت وهى بائن فلم توجد الحرية فى الزوجية ، فلم تجب عليها عدة الحرائر كالو أعتقت بعد مضى القرءين . ولأن عدة الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر والبائن لاتنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كالو انقضت عدتهـا ، وماذكرناه لمالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية ، فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة والفرق بين مانحن فيـه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجـد الماء وليس كذلك هاهنا . فإن عدة الأمة ليست ببدل ، ولذلك تبنى الأمة على مامضى من عدتهـا اتفاقاً ، وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترق . وتخـالف الاستبراء ، فإن الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تـكمل ، ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كا يجب على التى لم تعتق ولأن الاستبراء لايختلف بالرق والحرية بخلاف مسألتنا .

٦٣١٧ فصـــــل

إذا عتقت الأمة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها بانت من زوجها وهى حرة وقد روى الحسن أن النبى صلى الله عليه وسلم ، أمر بريرة أن تعتد عدة الحرة وإن طلقها العبد طلاقاً رجعياً فأعتقها سـيدها بنت على عدة الحرة سواء فسخت أو أقامت على النكاح لأنها عتقت فى عدة رجعية وإن لم تفسخ فراجعها فى عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فإن اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أم تبنى على مامضى من عدتها ؟ . على وجهين : فإن قلنا : تستأنف . فإنهـا تستأنف عدة حرة وإن قلنا : تبنى بنت على عدة حرة .

٦٣١٨ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا طلقها وهى ممن حاضت فارتفع حيضها ، لاتدرى مارفعه ؟ اعتدت سنة ﴾ .

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته وهى من ذوات الأقراء فلم تر الحيض فى عادتهـا ولم تدر مارفعه ؟ فإنها تعتد سـنة . تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لأن هذه المـدة هى غالب مدة الحمـل فإذا لم يبن الحمل فيها عـلم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعـد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر . هذا قول عمر رضى الله عنه . قال الشافعى : هذا قضـاء عمر بين المهاجرين والأنصـار لاينـكره منهم منكر علمناه . وبه قال مالك والشافعى فى أحد قوليه ، وروى ذلك عن الحسن ، وقال الشافعى فى قول آخر تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، لأن هذه المدة هى التى يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطا .

وقال فى الجديد : تـكون فى عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس تعتد حينئذ بثلاثة أشهر ،

وهذا قول جابر بن زيد ، وعطاء ، وطاوس ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، وأبي الزناد ، والثوري وأبي عبيد ، وأهل العراق . لأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض .

ولنا : الإجماع الذي حكاه الشافعي . ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا تحصل به براءة رحمها . فاكتفى به ولهذا اكتفى في حق ذات القرء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة أشهر . ولو روعي اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ، ولأن عليها في تطويل العدة ضرراً فإنها تمنع من الأزواج وتحبس دائماً ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه . وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر ، فإن قيل : فإذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبر ثم ثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا : الاعتداد بالقروء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم بدليل مالو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمتها العدة .

٦٣١٩ فصـــل

فإن عاد الحيض إليها في السنة ، ولو في آخرها لزمها الانتقال إلى القروء ، لأنها الأصل فبطل بها حكم البدل ، وإن عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لأن عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها ، فلم تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت وإن حاضت بعد السنة ، وقبل نكاحها ففيه وجهان .

أحدهما : لا تعود لأن العدة انقضت بالشهور ، فلم تعد كالصغيرة .

والثاني : تعود لأنها من ذوات القروء ، وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كما لو حاضت في السنة .

٦٣٢٠ مســـألة

قال : ﴿ وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل ، وشهران للعدة ﴾ .

هذه المسألة مبنية على أصلين .

أحدهما : أن الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها ، لا تدري ما رفعه ؟

الثاني : أن عدة الأمة الآيسة شهران ، فتتربص تسعة أشهر ، لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والأمة ، لكونه أمراً حقيقياً ، فإذا يئست من الحمل اعتدت مدة الآيسة شهرين ، وعلى الرواية التي جعل عدتها شهراً ونصفاً تكون عدتها عشرة أشهر ونصفاً ، ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة[1] .

(١) في ١٨ : كعدة الحر

٦٣٢١ مســـــألة

قال : ﴿ وإن عرفت مارفع الحيض كانت في عـدة حتى يعود الحيض فتعتد به ، إلا أن تصـير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عداد الآيسات ﴾ .

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع ، فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن اليأس ، وقد ذكرناه فعند ذلك تعتد عـدة الآيسات . وقد روى الشافعي في مسنده بإسناده عن حبان بن منقذ[1] أنه طلق امرأته طلقه واحدة وكانت لها منه بُنَيَّةٌ ترضعها . فتباعد حيضها ، ومرض حبان ، فقيل له : إنك إن مت ورثتك ، فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت ، فسأله عن ذلك . فقال عثمان لعلي وزيد : ماترِيان ؟ فقالا : نرى أنها إن ماتت ورثها ، وإن مات ورثته ، لأنها ليست من القواعـد اللائي يئسن من الحيض ، ولا من الأبكار اللائي لم يبلغن الحيض . فرجع حبان إلى أهله ، فانتزع البنت منها ، فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة ، فَوَرَّثَهَا عثمان رضي الله عنه ، وروى الأثرم بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان : أنه كانت عند جده امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية ، وهي مرضع ، فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الأنصارية : لم أحض فاختصموا إلى عثمان رضي الله عنه ، فقضى لها بالميراث ، فلامت الهاشمية عثمان فقال : هذا عمل ابن عمك ، هو أشار علينا بهذا ـ يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

٦٣٢٢ مســـــألة

قال : ﴿ وإن حاضت حيضة أو حيضتين . ثم ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه ؟ لم تنقض عدتها إلا بعد سنة بعد انقطاع الحيض ﴾ .

وذلك لما روى عن عمر رضي الله عنه ، أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ، فارتفع حيضها لاتدرى مارفعه تجلس تسعة أشهر . فإذا لم يستبن بها حمل تعتد بثلاثة أشهر ، فذلك سنة ، ولا نعرف له مخالفاً . قال ابن المنـذر : قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ، ولم ينـكره منـكر . وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها . قال : أذهب إلى حديث عمر إذا رفعت حيضتها . فـلم تدر مم ارتفعت ، فإنها تنتظر سنة ، قيل له : فحاضت دون السنة فقال : ترجع إلى الحيضة . قيل له : فإن ارتفعت حيضتها أيضاً لاتدرى مم ارتفعت ؟ قال : تقعد سنة أخرى . وهذا قول كل من وافقنا في المسألة الأولى . وذلك لأنها لمـا ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة ، فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة ، كالو ارتفع حيضها حين طلقها ، ووجب عليها سنة كاملة ، لأن المدة

---

(٢) حبان بن منقذ الأنصاري له صحبة روى عنه ابنه واسع بن حبان وهو بفتح الحاء .

لاتبنى على عدة أخرى ، ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ، ثم يئست ، انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهراً أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء .

٦٣٢٣ فصـــل

فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد مابين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض وإن طالت لأن هذه لم يرتفع حيضها ، ولم تتأخر عن عادتها ، فهى من ذوات القروء باقية على عادتها ، فأشبهت من لم يتباعد حيضها . ولا نعلم فى هذا مخالفاً .

٦٣٢٤ فصـــل

فى عدة المستحاضة لاتخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز ، أو لا تكون كذلك ، فإن كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة ، إذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها ، قال أحمد : المستحاضة تعتد أيام أقرائها التى كانت تعرف [١] وإن علمت أن لها فى كل شهر حيضة ، ولم تعلم موضعها ، فعدتها ثلاثة أشهر . وإن شكّت فى شيء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت . وإن كانت مبتدأة لاتمييز لها أو ناسية لاتعرف لها وقتاً ولا تمييزاً ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : أن عدتها ثلاثة أشهر ، وهو قول عكرمة ، وقتادة ، وأبى عبيد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر [٢] حمنة بنت جحش أن تجلس فى كل شهر ستة أيام أو سبعة ، فجعل لها حيضة فى كل شهر ، تترك فيها الصلاة والصيام ، ويثبت فيها سائر أحكام الحيض ، فيجب أن تنقضى به العدة ، لأن ذلك من أحكام الحيض .

والرواية الثانية : تعتد سنة ، بمنزلة من رفعت حيضتها لاتدرى مارفعها . قال أحمد : إذا كانت قد اختلطت ولم تعلم إقبال الدم وإدباره اعتدت سنة ، لحديث عمر . لأن به يتبين الحمل . وهو قول مالك ، وإسحاق . لأنها لم تتيقن لها حيضاً ، مع أنها من ذوات القروء ، فكانت عدتها سنة كالتى ارتفع حيضها . وعلى الرواية الأولى ينبغى أن يقال : إننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر ، فمضى لها شهران بالهلال ، وسبعة أيام من أول الثالث ، فقد انقضت عدتها . وإن قلنا : القروء الأطهار فطلقها فى آخر شهر ، ثم مر لها شهران ، وهَلَّ [٣] الثالث انقضت عدتها . وهذا مذهب الشافعى .

---

(١) فى ٣٩ : تعرفها .

(٢) حديث حمنة بنت جحش أخرجه الشافعى وأحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجة والدارقطنى والحاكم . (ف) (٣) فى ١٨ : وأهل

٦٣٢٥ مســـــألة

قال : ﴿ ولو طلقها وهى من اللائى لم يحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العـدة بثلاث حيض إن كانت حرة وبحيضتين إن كانت أمة ﴾ .

وجملته : أن الصغيرة التى لم تحض ، أو البالغ التى لم تحض ، إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة ، لزمها استئناف العدة فى قول عامة علماء الأمصار ، منهم سعيد بن المسيب ، والحسن ومجاهد ، وقتادة ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، والثورى ، ومالك والشافعى وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، وأهل المدينة ، وأهل البصرة . وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع المـاء . ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا : القروء الحيض ، وإن قلنا الأطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تعتد به ، لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض ، فأشبه الطهر بين الحيضتين .

والثانى : لا تعتد به ، وهو ظاهر كلام الشافعى ، لأن القرء هو الطهر بين حيضتين ، وهذا لم يتقدمه حيض ، فلم يـكن قرءاً ، فأما إن انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة ، لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة ، كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل . ولا يمـكن منع هذا الأصل ، لأنه لو صح منعه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال .

٦٣٢٦ فصـــــل

ولو حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت العـدة بثلاثة أشهر ، لأن العدة لا تلفق من جنسين ، وقد تعذر إتمامها بالحيض ، فوجب تـكميلها بالأشهر . وإن ظهر بها حمل من الزوج سقط حـكم مامضى ، وتبين أن ما رأته من الدم لم يـكن حيضاً ، لأن الحامل لا تحيض ، ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لأقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبيناً أن الدم ليس بحيض ، لأنها كانت حاملا مع رؤية الدم ، والحامل لا تحيض . ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمـكن أن يـكون حادثاً بعد قضاء[1] العدة بأن تأتى به لستة أشهر منذ فرغت من عـدتها لم تلحق بالزوج ، وحـكمنا بصحة الاعتداد ، وكان هذا الولد الولد حادثاً ، وإن أتت به لدون ذلك تبينا أن الدم ليس بحيض ، لأنه لا يجوز وجوده فى مدة الحمل .

---

(١) فى ٢٩ : انقضاء .

٦٣٢٧ فصـــــل

وإذا ارتابت ، المعتدة ومعناه : أن ترى أمارات الحمل من حركة أو نفخة ونحوها ، وشكّت هل هو حمل أم لا ؟ فلا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن تحدث به الريبة قبل انقضاء عدتها ، فإنها تبقى فى حكم الاعتداد حتى تزول الريبة ، فإن بان حملا انقضت عدتها بوضعه ، فإن زالت قبل زوال الريبة فالنـكاح باطل ، لأنها تزوجت وهى فى حكم المعتدات فى الظاهر . ويحتمل أنه إذا تبين عدم الحمل أنه يصح النـكاح ، لأنا تبينا أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها .

الثـانى : أن تظهر الريبة بعد قضاء[1] عدتها والتزوج ، فالنـكاح صحيح ، لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهراً ، والحمل مع الريبة مشكوك فيه ، ولا يزول به ماحكم بصحته ، لـكن لا يحل لزوجها وطؤها ، لأننا شـكـكنا فى صحة النـكاح ، ولأنه لا يحـل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غـيره ، ثم ننظر ، فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى ووطئها فنـكاحه باطل ، لأنه نـكحها وهى حامل ، وإن أتت به لأ كثر من ذلك فالولد لاحق به ، ونـكاحه صحيح .

الحال الثالث : ظهرت الريبة بعد قضاء العدة ، وقبل النـكاح . ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحل لها أن تتزوج ، وإن تزوجت فالنـكاح باطل ، لأنها تتزوج مع الشك فى انقضاء العدة فلم يصح ، كما لو وجدت الريبة فى العدة ، ولأننا لو صححنا النـكاح لوقع موقوفاً ، ولا يجوز كون النـكاح موقوفاً ، ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته فى الشرك لم يجز أن يتزوج أختها لأن، نكاحها يكون موقوفاً على إسلام الأولى .

والثانى : يحل لهـا النـكاح ويصح ، لأننا حـكمنا بإنقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى ، فلا يجوز زوال ماحـكم به بالشك الطارىء ، ولهذا لا ينقض الحاكم ماحكم به بتغير اجتهاده، ورجوع الشهود .

٦٣٢٨ فصـــــل

وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة ، وعليها العدة دون غيرها ، وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة ، وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها[2] فنى قول أصحابنا الحـكم فيها

---

(١) فى ١٨ : انقضاء .

(٢) فى النسخ (وأنسبها) وهو تحريف والصواب (وأنسيها) .

كذلك والصحيح أنه يحرم عليه الجميع ، فإن مات فعلى الجميـع الاعتداد بأقصى الأجلين من عدة الطلاق والوفاة ، لأن النـكاح كان ثابتاً بيقين ، وكل واحد منهن يجوز أن تـكون هى المطلقة ، وأن تـكون زوجة ، فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائناً ، ليسقط الفرض بيقين ، كمن نسى صـلاة من يوم لا يعلم عينها ، لزمه أن يصلى خمس صلوات ، لـكن ابتداء القرء من حين طلق ، وابتداء عدة الوفاة من حين الموت ، وهذا مذهب الشافعى ، وإن طلق الجميع ثلاثاً بعد ذلك فعليهن كلهن تـكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثاً ، وإن طلق ثلاثاً وأنسيهن فهو كما لو طلق واحدة .

٤٣٢٩ مســــألة

قال ﴿ ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة ، ولتمام شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة ﴾ .

أجمع أهل العـلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها ـ أربعة أشهر وعشر ، مدخولاً بها أو غير مدخول بهـا ، سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ ، وذلك لقوله تعـالى : « وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْـكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً »(١) . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » متفق عليه .

فإن قيل : ألا حملتم الآية على المدخول بهـا ؟ كما قلتم فى قوله تعالى : « والمطلقاتُ يتربصنَ بأنفسهنَّ ثلاثةَ قُروء »(٢) . قلنا : إنما خصصنا هذه بقوله تعالى : « يا أَيُّهَا الذينَ آمنوا إذَا نَـكَحْتُمُ المُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قبلِ أن تَمَسُّوهُنَّ فما لَـكم عَلَيْهِنَّ من عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا »(٣) . ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمـكن قياسها على المطلقة فى التخصيص لوجهين :

أحدهما : أن النـكاح عقد عُمرٍ ، فإذا مات انتهى ، والشىء إذا انتهى تقررت أحكامه ، كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل ، وأحكام الإجارة بانقضائها ، والعدة من أحكامه .

الثانى : أن المطلقة إذا أتت بولد يمـكن الزوج تـكذيبها ونفيه باللعان ، وهذا ممتنع فى حق الميت ، فلا يؤمن أن تأتى بولد فيلحق الميت نسبه ، وما لَهُ مَنْ ينفيه ، فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت فى غير منزلها حفظاً لها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يعتبر وجود الحيض فى عدة الوفاة فى قوله عامة أهل العلم . وحكى عن مالك أنها إذا كانت مدخولاً بها وجب أربعة أشهر وعشر فيها حيضة ، واتباع الـكتاب والسنة أولى ، ولأنه لو

(١) سورة البقرة آية ٢٣٤ (٢) سورة البقرة ٢٢٨ (٣) سورة الأحزاب آية ٤٩

اعتبر الحيض فى حقهـا لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة ، وهـذا الخلاف يختص بذات القرء ، فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيها ، وأما الأمة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام فى قول عامة أهل العلم . منهم : سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وسليمان بن يسار ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال : ماأرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة ، إلا أن تـكون قد مضت فى ذلك سنَّة ، فإن السنة أحق أن تتبع ، وأخذ بظاهر النص وعمومه . ولنا اتفاق الصحابة رضى الله عنهم على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة ، فـكذلك عدة الوفاة .

٦٣٣٠ فصــــل

والعشر المعتبرة فى العدة هى عشر ليال بأيامها ، فتجب عشرة أيام مع الليالى . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وقال الأوزاعى : يجب عشر ليال وتسعة أيام ، لأن العشر تستعمل فى الليالى دون الأيام . وإنما دخلت الأيام اللاتى فى أثناء الليالى تبعاً . قلنا : العرب تغلب اسم التأنيث فى العدد خاصة على المذكر ، فتطلق لفظ الليالى وتريد الليالى بأيامها . كما قال الله تعالى لزكريا : « آيَتُكَ أَلاَّ تُـكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاَثَ لَيَالٍ سَوِيًّا »(١) يريد أيامها ، بدليل أنه قال فى موضـع آخر : « آيتكَ أَلاَّ تُـكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزاً »(٢) يريد بلياليها . ولو نذر اعتـكاف العشر الأخيرة من رمضان لزمه الليالى والأيام ، ويقول القائل : صرنا عشراً يريد الليالى بأيامها ، فلم يجز نقلها عن العدة إلى الإباحة بالشك .

٦٣٣١ فصــــل

وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا بلا خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العـلم على ذلك ، وذلك لأنّ الرجعية زوجة يلحقها طلاقه ، وينالها ميراثه ، فاعتدت للوفاة كغير المطلقة . وإن مات مطلق البائن فى عدتها بَنَتْ على عدة الطلاق ، إلا أن يطلقها فى مرض موته ، فإنها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة ، أو ثلاثة قروء نص على هذا أحمد ، وبه قال الثورى ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وقال مالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر: تبنى على عدة الطلاق ، لأنه مات وليست زوجة له ، لأنها بائن من النكاح ، فلا تـكون منكوحة .

ولنا : أنها وارثة له ، فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعية ، تلزمها عـدة الطلاق لما ذكروه فى دليلهم . وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض ، أو بالشهور ، أو بوضع الحمـل ، أو كان طلاقه قبل

---

(١) سورة مريم آية ١٠ (٢) سورة آل عمران آية ٤١

الدخول ، فليس عليها عدة لموته . وقال القاضى : عليهن عدة الوفاة إذا قلنا يرثنه ، لأنهن يرثنه بالزوجية فتجب عليهن عدة الوفاة ، كما لو مات بعد الدخول ، وقبل قضاء العدة . ورواه أبو طالب عن أحمد فى التى انقضت عدتها ، وذكر ابن أبى موسى فيها روايتين ، والصحيح أنها لا عدة عليها لأن الله تعالى قال : (إذا نكحتمُ المؤمناتِ ثمّ طلقتموهُنّ منْ قبلِ أنْ تمسُّوهُنّ فما لكم عليهنّ منْ عدّةٍ تعتدُّونها)[1] ، وقال : (والمطلقاتُ يتربّصْنَ بأنفسهنّ ثلاثة قُرُوء)[2] وقال : (واللائى يَئِسْنَ منَ المحيضِ من نسائكم إن ارتبْتمْ فعدّتُهُنّ ثلاثةُ أشهر واللائى لم يحضْن)[3] فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ، ولأنها أجنبية تحل للأزواج ، ويحل المطلق نكاح أختها وأربع سواها ، فلم تجب عليها عدة لموته ، كما لو تزوجت وتخالف التى مات فى عدتها ، فإنها لا تحل لغيره فى هذه الحال ، ولم تنقض عدتها ، ولا نسلم أنها ترثه فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثمانى زوجات ، فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ، ولا ترثه أيضاً ، وإن كانت المطلقة البائن لا ترث كالأمة أو الحرة يطلقها العبد ، أو الذمية يطلقها المسلم ، والمختلعة أو فاعلة[4] ما يفسخ نكاحها ، لم تلزمها عدة.سواء مات زوجها فى عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا ، فهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها ، وهذه ليست وارثة ، فأشبهت المطلقة فى الصحة ، وأما المطلقة فى الصحة إذا كانت بائناً فمات زوجها ، فإنها تبنى على عدة الطلاق ، ولا تعتد للوفاة وهذا قول مالك ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وقال الثورى ، وأبو حنيفة : عليها أطول الأجلين ، كما لو طلقها فى مرض موته .

ولنا قوله سبحانه « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »[5] ولأنها أجنبية منه فى نكاحه وميراثه ، والحل له ، ووقوع طلاقه وظهاره ، وتحل له أختها ، وأربع سواها ، فلم تعتد لوفاته ، كما لو انقضت عدتها ، وذكر القاضى فى المطلقة فى المرض أنها إذا كانت حاملا تعتد أطول[6] الأجلين ، وليس هذا بشىء لأن وضع الحمل تنقضى به كل عدة ، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على ما نذكره فى المسألة التى تلى هذا إن شاء الله تعالى .

٦٣٣٢ مســـــألة

قال ﴿ولو طلقها أو مات عنها وهى حامل منه لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل ، أمة كانت أو حرة﴾ .

أجمع أهل العلم فى جميع الأعصار على أن المطلقة الحامل تنقضى عدتها بوضع حملها . وكذلك كل

(١) سورة الأحزاب آية ٤٩ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨
(٣) سورة الطلاق آية ٤ (٤) فى ١٨ : أو التى فعلت .
(٥) سورة البقرة آية ٢٢٨ . (٦) فى ٢٩ : بأطول .

مفارقة فى الحياة وأجمعوا أيضاً على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا أجلها وضع حملها ، إلا ابن عباس ، وروى عن على من وجه منقطع : أنها تعتد بأقصى الأجلين . وقاله أبو السنابل[1] بن بعكك فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم ، فرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم قوله . وقد روى عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث[2] سبيعة وكره الحسن ، والشعبى ، أن تنكح فى دمها . ويحكى عن حماد ، وإسحاق أن عدتها لا تنقضى حتى تطهر . وأبى سائر أهل العلم هذا القول ، وقالوا : لو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ، ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى[3] « وأولاتُ الأحمالِ أجَلُهُنّ أن يضعن حملهن » . وروى عن أبى بن كعب ، قال : قلت للنبى صلى الله عليه وسلم : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » للمطلقة ثلاثاً ، أو المتوفى عنها ؟ قال : « هى للمطلقة ثلاثاً ، والمتوفى عنها » وقال ابن مسعود : من شاء[4] باهلته أولاعنته أن الآية التى فى سورة النساء القُصْرَى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » نزلت بعد التى فى سورة البقرة[5] « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً » يعنى : أن هذه الآية هى الأخيرة ، فتقدم على ما خالفها من عموم الآيات المتقدمة ، ويخص بها عمومها .

وروى عبد الله بن الأرقم « أن سُبَيْعَةَ الأسْلَمية أخبرته أنها كانت تحت سَعْدِ ابن خَوْلةَ ، وتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل ، فلم تنشب[6] أن وضعت حملها بعد وفاته ، فلما تَعَلّتْ[7] من نفاسها تجملت للخُطّاب ، فدخل عليها أبو السنابلِ بن بَعْكك[8] ، فقال : مالى أراك متجملة ، لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر ، قال سبيعة : فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك ، فأفتانى بأنى قد حللت حين وضعت حملى ، فأمرنى بالتزويج إن بدالى » . متفق عليه ، قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح ، قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة ، إلا ما روى عن ابن عباس . وروى عن على من وجه

---

(١) و (٢) سيخرجه المؤلف ذاكراً له بتمامه فى نهاية هذه المسألة (ف)

(٣) سورة الطلاق آية ٤ . (٤) المباهلة : الملاعنة أى من خالفنى فليجتمع معى حتى نلعن المخالف للحق وهذا كناية عن قطعه وجزمه بما يقول والقصرى تأنيث الأقصر ضد الطولى تأنيث الأطول وسورة النساء القصرى : هى سورة الطلاق ، والطولى . سورة البقرة وأثر ابن مسعود أخرجه النسائى وابن ماجه (ف) . (٥) آية ٢٣٤ .

(٦) لم تنشب : لم تلبث . وحقيقته لم يتعلق بشىء غيره ولا اشتغل بسواه والمراد لم يتأخر وضعها الحمل عن موت الزوج (ف) . (٧) تعلت : بتشديد اللام من تعلى إذا ارتفع أو برأ والمراد لما ارتفعت وطهرت أو خرجت من نفاسها وسلمت (ف) .

(٨) اسمه عمرو وقيل حبة بالباء أو بالنون (ف) .

منقطع . ولأنها معتدة حامل فتنقضى عدتها بوضعه كالمطلقة يحققه أن العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ، ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه ، فوجب أن تنقضى العدة ، ولأنه لاخلاف فى بقاء العدة ببقاء الحمل ، فوجب أن تنقضى به ، كما فى حق المطلقة[1] .

٦٣٣٣ فصل

وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وإن ظهر بعضه فهى فى عدتها حتى ينفصل باقيه ، لأنها لا تكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله . وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر ، لأن الحمل هو الجميع ، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة ، فإنهما قالا : تنقضى عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر .

وذكر[2] ابن أبى شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال : إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها ، قيل له : فتتزوج ؟ قال : لا . قال قتادة : خصم العبد ، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم . والمعنى : فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فإذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة ، وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر . فإن وضعت ولداً وشكت . فى وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنها لم يبق معها حمل لأن الأصل بقاؤها فلا يزول بالشك .

٦٣٣٤ مسألة

قال : ﴿ والحمل الذى تنقضى به العدة مايتبين فيه شىء من خلق الإنسان حرة كانت أو أمة ﴾ .

وجملة ذلك أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل من خمسة أحوال أحدها : أن تضع مابان فيه خلق الآدمى من الرأس واليد والرجل ، فهذا تنقضى به العدة بلا خلاف بينهم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط إذا علم أنه ولد . وممن نحفظ عنه ذلك الحسن ، وابن سيرين ، وشريح ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق .

قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : إذا نكس فى الخلق الرابع ؟ يعنى تنقضى به العدة ؟ فقال : إذا نكس فى الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ، ولكن إذا تبين خلقه هذا أدل ، وذلك لأنه إذا بان

---

(١) فى ١٨ : كالمطلقة .

(٢) فى ١٨ : وروى .

فيه شيء من خلق الآدمي علم أنه حمــل ، فيدخل في عموم قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن »[1] .

والحال الثاني : ألقت نطفة أو دما لاندرى هل هو يخلق منه الآدمي أو لا ، فهذا لايتعلق به شيء من الأحكام ، لأنه لم يثبت أنه ولد ، لابالمشاهدة ولا بالبينة .

الحال الثالث : ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة ، فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي ، فهذا في حكم الحال الأول ، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد .

الحال الرابع : إذا ألقت مضغة لاصورة فيها ، فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي ، فاختلف عن أحمد . فنقل أبو طالب أن عدتها لاتنقضي به ولا تصير به أم ولد ، لأنه لم يبن فيه خلق آدمي ، فأشبه الدم . وقد ذكر هذا قولا للشافعي ، وهو اختيار أبي بكر .

ونقل الأثرم عن أحمد : أن عدتها لاتنقضي به ، ولـكن تصير أم ولد ، لأنه مشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بإنقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ، ولم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك في رقها فيثبت كونها أم ولد احتياطاً ، ولاتنقضي العدة احتياطاً . ونقل حنبل أنها تصير أم ولد ، ولم يذكر العدة فقـال بعض أصحابنـا على هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشـافعي ، لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمي أشبه مالو تصور ، والصحيح أن هذا ليس برواية في العدة لأنه لم يذكرهـا ولم يتعرض لهـا .

الحال الخامس : أن تضع مضغة لاصورة فيها ، ولم تشهد القوابل بأنهـا مبتدأ خلق آدمي ، فهذا لاتنقضي به عدة ، ولا تصـير به أم ولد ، لأنه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهـدة ، فأشبه العلقة ، فلا تنقضي العدة بوضع ماقبل المضغة بحال ، سواء كان نطفة أو علقة ، وسواء قيل إنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل . نص عليه أحمد . فقال : أما إذا كان علقة فليس بشيء ، إنما هي دم لاتنقضي به عدة ولا يعتق به أمة ، ولا نعلم مخالفاً في هذا إلا الحسن ، فإنه قال : إذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة ، والأول أصح ، وعليه الجمهور ، وأقل ماتنقضي به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمـكنه وطؤها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال[2] : « إن خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيـكون نطفـة أربعين يوماً ، ثم يـكون علقة مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك » ولا تنقضي العدة بمـا دون المضغة ، فوجب أن تـكون بعد الثمانين ، فأما مابعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال ، لأنه منـكس في الخلق الرابع .

---

(١) سورة الطلاق آية ٤

(٢) أخرجه الشيخان عن ابن مسعود (ف)

٦٣٣٥ فصـــل

وأقل مدة الحمل ستة أشهر ، لما روى الأثرم بإسناده عن أبى الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر ، فهم عمر برجمها ، فقال له على : ليس لك ذلك ، قال الله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين)[١] وقال تعالى : (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً)[٢] فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً ، لارجم عليها. فخلى عمر سبيلها ، وولدت مرة أخرى لذلك الحد[٣] ، ورواه الأثرم أيضاً عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك قال عاصم الأحول : فقلت لعكرمة : إنا بلغنا أن علياً قال هذا فقال عكرمة : لا ، ما قال هذا إلا ابن عباس ، وذكر ابن قتيبة فى المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا قول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى وغيرهم .

٦٣٣٦ مســـألة

قال : ﴿ ولو طلقها أو مات عنها ، فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به ﴾ .

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ، وبه قال الشافعى ، وهو المشهور عن مالك وروى عن أحمد أن أقصى مدته سنتان ، وروى ذلك عن عائشة ، وهو مذهب الثورى ، وأبى حنيفة ، لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة : لاتزيد المرأة على السنتين فى الحمل : ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف هاهنا ولا اتفاق ، إنما هو على ماذكرنا ، وقد وجد ذلك ، فإن الضحاك بن مزاحم ، وهرم ابن حيان ، حملت أم كل واحد منهما به سنتين . وقال الليث : أقصاه ثلاث سنين ، حملت مولاة لعمر ابن عبد الله ثلاث سنين ، وقال عباد بن العوام : خمس سنين ، وعن الزهرى قال : قد تحمل المرأة ست سنين ، وسبع سنين ، وقال أبو عبيد : ليس لأقصاه وقت يوقف عليه .

ولنا : أن مالا نص [فيه] يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين ، فروى الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس حديث جميلة بنت سعد عن عائشة : لاتزيد المرأة على السنتين فى الحمل . قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد ، وقال الشافعى بقى محمد بن عجلان فى بطن أمه أربع سنين ، وقال أحمد : نساء بنى عجلان يحملن أربع سنين وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين وبقى محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن على فى بطن أمه أربع سنين ، وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلى حكى ذلك أبو الخطاب ، وإذا تقرر

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ (٢) سورة الأحقاف آية ١٥ .
(٣) أى لستة أشهر (ف)

وجوده وجب أن يحكم به ، ولا يزاد عليه لأنه ماوجد ، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وغيرهما . إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ، ولا بوضع الحمل . فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به .

٦٣٣٧ فصـــل

وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية لم يلحقه ولدها ، لأننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه . وكونها قد صارت منه أجنبية ، فأشبهت سائر الأجنبيات ومفهوم كلام الخرقى أن عدتها لاتنقضى به لأنه لاينتفى عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها منه بوضعه كالو أتت به لأقل من ستة أشهر منذ نكحها . قال أبو الخطاب : هل تنقضى به العدة ؟ على وجهين .

وذكر القاضى أن عدتها تنقضى به ، وهو مذهب الشافعى لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضى به العدة ، وإن لم يلحق به كالولد المنفى باللعان ، وبهذا فارق الذى أتت به لأقل من ستة أشهر فإنه ينتفى عنه يقيناً ، ثم ناقضوا قولهم ، فقالوا : لو تزوجت فى عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثانى ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الأول فالولد منتف عنهما ، ولا تنقضى عدتها بوضعه عن واحد منهما ، وهذا أصح ، فإن احتمال كونه منه لم يكف فى إثبات نسب الولد منه مع أنه يثبت بمجرد الإمكان فلأ لا يكفى فى انقضاء العدة أولى وأحرى ،وما ذكروه منتقض بما سلموه ، وما ذكروه من الفرق بين هذا ، وبين الذى أتت به لأقل من ستة أشهر غير صحيح ، فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو بنكاح غير هذا النكاح الذى أتت بالولد فيه فاستويا .

وأما المنفى باللعان فإنا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ونفينا حكمه فى كونه منه بالنسبة إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه فثبتت .

٦٣٣٨ فصـــل

وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من بعد انقضائها لم يلحق نسبه بالزوج ، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وقال مالك والشافعى : يلحق به مالم تتزوج أو يبلغ أربع سنين وكلام الخرقى يحتمل ذلك . فإنه أطلق قوله إذا أتت بولد بعد طلاقه أوموته بأربع سنين لحقه الولد وذلك لأنه ولد يمكن كونه منه ، وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه فوجب أن يلحق به كالو أتت به بعد عقد النكاح .

ولنا : أنها أتت بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحمل فلم يلحق به كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك ، وإن انقضت عدتها بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سنين لحقه نسبه لأنها إن كانت تدعى الإياس تبينا كذبها فإن من تحمل ليست بآيسة وإن كانت من اللائى لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لأنه لم يوجد فى حقها ماينافى كونها حاملا .

٦٣٣٩ فصــــل

وإذا مات الصغير الذى لا يولد لمثله عن زوجته فأتت بولد لم يلحقه نسبه ، ولم تنقض العدة بوضعه ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به .

وقد روى عن أحمد فى الصبى مثل قول أبى حنيفه وذكره ابن أبى موسى قال أبو الخطاب وفيه بعد وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ودخل بهـا وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فإنها لا تعتد بوضعه عندنا ، وعنده تعتد به واحتج بقوله تعالى : (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[1] .

ولنا : أن هذا حمل منفى عنه يقيناً فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة فى المطلقات ثم هى مخصوصة بالقياس الذى ذكرناه .

إذا ثبت هذا فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل من الوطء الذى علقت به منه ، سواء كان هذا الولد ملحقاً بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد ، أو وطء شبهة ، أو كان من زنا لا يلحق بأحد ، لأن العدة تجب من كل وطء ، فإذا وضعته اعتدت من الصبى بأربعة أشهر وعشر ، لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان . وإن كانت الفرقة فى الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها ، وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها ، فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء . وكذلك إذا طلق الخصى أو المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضى به عدة الوطء ، ثم تستأنف عدة الطلاق ، أو عدة الوفاة على ما بيناه ، وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به ، لأنه قد يتصور منه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل ، فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضى به العدة . والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لأنه لم تجر به عادة ، فلا يلحق به ولدها كالصبى الذى لم يبلغ عشر سنين ولو تزوج امرأة فى مجلس الحاكم ثم طلقها فى المجلس أو تزوج المشرق بالمغربية ثم أتت بولد لا يمكن

(١) سورة الطلاق آية ٤ .

أن يكون بعد اجتماعهما بعدة الحمل فإنه لا يلحقه نسبه ولا تنقضي العدة بوضعه .

٢٣٤٠ مســــألة

قال : ﴿ ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على مامضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثاني ﴾ .

وجملة الأمر أن المعتدة لا يجوز لهـا أن تنكح في عدتها إجماعاً ، أي عدة كانت لقول الله تعالى : « وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتابُ أَجَلَهُ »[1] . ولأن العدة إنمـا اعتبرت لمعرفة براءة الرحم ، لئلا يفضي إلى اختلاط المياه ، وامتزاج الأنساب وإن تزوجت فالنكاح باطل ، لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول ، فـكان نكاحاً باطلا كما لو تزوجت وهي في نـكاحه ، ويجب أن يفرق بينه وبينها ، فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ، ولا تنقطع بالعقد الثاني ، لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ، ولا يستحق عليه بالعقد شيء ، وتسقط سكناها[2] ونفقتها عن الزوج الأول ، لأنها ناشز ، وإن وطئها انقطعت العدة ، سواء علم التحريم أو جهله . وقال أبو حنيفة : لا تنقطع ، لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها ، كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة ، فإنها تعتد وإن كانت فراشاً للزوج . وقال القاضي إن وطئها عالماً بأنها معتدة وأنها تحرم فهو زان ، فلا تنقطع العدة بوطئه ، لأنها لا تصير به فراشاً ، ولا يلحق به نسب . وإن كان جاهلا أنها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لأنها تصير به فراشاً ، والعدة تراد للاستبراء ، وكونها فراشاً ينافي ذلك ، فوجب أن يقطعها . فأما طريانه عليها فلا يجوز .

ولنا : أن هذا وطء بشبهة نـكاح ، فتنقطع به العدة كما لو جهل . وقولهم : إنها لا تصير به فراشاً ، قلنا : لـكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول ، فهما شيئان .

إذا ثبت هذا فعليه فراقها ، فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما . فإن فارقها أو فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الأول ، لأن حقه أسبق ، وعدته وجبت عن وطء في نـكاح صحيح ، فإذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثاني ، ولا تتداخل العدتان ، لأنهما من رجلين وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو حنيفة تتداخلان ، فتأتي بثلاثة قروء بعـد مفارقة الثاني ، تـكون عن بقية عدة الأول ، وعدة الثاني ، لأن القصد معرفة براءة الرحم ، وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً .

ولنا : ماروى مالك عن ابن شهاب ، عن سعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار : « أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي ، فطلقها ونـكحها غيره وفي عدتها فضربها عمر بن الخطاب ، وضرب زوجها ضربات

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٥ .
(٢) في المطبوعة : وتسقط شيء . خطأ .

بخفقة ، وفرق بينهما ، ثم قال : أيما امرأة نـكحت فى عدتها ، فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، وكان خاطباً من الخطاب ، وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ولا ينكحها أبداً .

وروى بإسناده عن على أنه قضى فى التى تتزوج فى عدتها : أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وتكمل ماأفسدت من عدة الأول ، وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما فى الصحابة مخالف ، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين ، فلم يتداخلا كالدينين واليمينين ، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء ، فلم يجز أن تكون المرأة فى حبس رجلين كحبس الزوجة .

٦٣٤١ مســـــألة

قال : ﴿ وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين ﴾ .

يعنى : الزوج الثانى أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين . فأما الزوج الأول فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطىء فيه ، لأنه نكاح باطل وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين . وإن كانت رجعية فله رجعتها فى عدتها منه . وعن أحمـد رواية أخرى : أنها تحرم على الزوج الثانى على التأبيـد ، وهو قول مالك ، وقديم قولى الشافعى ، لقول عمر : « لا ينكحها أبداً » ، ولأنه استعجل الحق قبل وقته ، فحرمه فى وقته كالوارث إذا قتل موروثه[1] ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان . وقال الشافعى فى الجديد : له نكاحها بعد انقضاء عـدة الأول ، ولا يمنع من نكاحها فى عدتها منه ، ولأنه وطء يلحق به النسب ، فلا يمنع من نكاحها فى عدتها منه كالوطء فى النكاح ، ولأن العدة إنما شرعت حفظاً للنسب وصيانة للماء ، والنسب لاحق به هاهنا . فأشبه مالو خالعها ثم نـكحها فى عدتها . وهذا حسن موافق للنظر .

ولنا على إباحتها بعد العدتين : أنه لايخلو ، إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء فى النكاح الفاسد ، أو بهما ، وجميع ذلك لا يقتضى التحريم ، بدليل مالو نـكحها بلا ولى ووطئها ، ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد ، فهذا أولى ، ولأن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى : (وَأُحِلَّ لَـكُمْ مَاوَرَاءَ ذَلِـكُمْ)[2] وقوله : (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ)[3] فلا يجوز تخصيصها بغير دليل . وماروى عن عمر فى تحريمها فقد خالفه على فيه ، وروى عن عمر أنه رجع عن قوله فى التحريم إلى قول على . فإن علياً قال : « إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب » فقال عمر : « ردوا الجهالات إلى السنة » ورجع إلى قول على ،

---

(١) فى ١٨ : مورثة (٢) سورة النساء آية ٢٤
(٣) سورة المائدة آية ٥ .

وقياسهم يبطل بما إذا زنى بها ، فإنه قد استعجل وطأها ، ولا تحرم عليه على التأبيد . ووجه تحريمها عليه قبل انقضاء عدة الثانى عليه قول الله تعالى : (ولا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتابُ أجله)[1] ولأنه وطء يفسد به النسب ، فلم يجز النكاح فى العدة منه كوطء الأجنبى .

٦٣٤٢ فصـــــل

وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة ، أو فى نكاح فاسد ، فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطىء وغيره ، والأولى حل نكاحها لمن هى معتدة منه ، إن كان يلحقه نسب ولدها ، لأن العدة لحفظ مائه ، وصيانة نسبه ، ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ، ولا يحفظ نسبه عنه . ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها . ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها ، لأن نكاحها يفضى إلى اشتباه النسب ، فالواطىء كغيره فى أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما .

٦٣٤٣ مســـــألة

قال ﴿ وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما أرى القافة ، وألحق بمن ألحقوه منهما ، وانقضت عدتها منه ، واعتدت للآخر ﴾ .

وجملته : أنها إذا كانت حاملا انقضت عدتها منه بوضع حملها ، لقوله سبحانه : « وأُولاتُ الأحمالِ أجَلُهنَّ أنْ يضعنَ حَمْلَهُنَّ »[2] ثم ننظر ، فإن كان يمكن أن يكون من الأول دون الثانى ، وهو أن تأتى به لدون ستة أشهر من وطء الثانى ، ولأربع سنين فما دونها من فراق الأول ، فإنه يلحق بالأول ، وتنقضى عدتها به منه بوضعه ، ثم تعتد بثلاثة قروء من الثانى ، وإن أمكن كونه من الثانى دون الأول وهو أن تأتى به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وطء الثانى ، ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول ، فهو ملحق بالثانى دون الأول ، فتنقضى به عدتها من الثانى ، ثم تتم عدة الأول ، وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الأول ، لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان : والعدة من غيره . وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتى به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثانى ، ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الأول ، أُرِيَ القافة فإن ألحقته بالأول لحق به ، كما لو أمكن أن يكون منه دون الثانى ، وإن ألحقته بالثانى لحق به ، وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثانى دون الأول .

فإن أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة ، لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ، لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثانى ، وإن كان من الثانى فعليها أن تكمل عدة الأول ، ليسقط

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٥ (٢) سورة الطلاق آية ٤

الفرض بيقين . فأما الولد فقال أبو بكر : يضيع نسبه ، لأنه لادليل على نسبته إلى واحد منهما ، فأشبه مالو كان مجنوناً لم ينتسب إلى واحد منهما . وقال أبو عبد الله بن حامد : يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما . ومقتضى المذهب : أن تنقضى عدتها به منهما جميعاً ، لأن نسبه ثبت منهما ، كما تنقضى عدتها به من الواحد الذى يثبت نسبه منهما .

وإن نفته القافة عنهما فحكمه حكم مالو أشكل أمره ، وتعتد بعد وضعه بثلاث قروء ، ولا ينتفى عنهما بقول القافة ، لأن عمل القافة فى ترجيح أحد صاحبى الفراش ، لافى النفى عن الفراش كله . ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم ينتف عنه بقولها . فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثانى ، ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول ، لم يلحق بواحد منهما ، ولا تنقضى به عدتها منه ، لأننا نعلم أنه من وطء آخر ، فتنقضى به عدتها من ذلك الوطء ، ثم تتم عدة الأول ، وتستأنف عدة الثانى ، لأنه [قد][1] وجد مايقتضى عدة ثالثة ، وهو الوطء الذى حملت منه ، فتجب عليها عدتان وإتمام العدة الأولى .

٦٣٤٤ فصـــل

وإذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ، ووطئها ، فهما زانيان ، عليهما حد الزنا ، ولا مهر لها ، ولا يلحقه النسب ، وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ، ثبت النسب ، وانتفى الحد ، ووجب المهر ، وإن علم هو دونها فعليه الحد والمهر ، ولا نسب له ، وإن علمت هى دونه فعليها الحد ، ولا مهر لها ، والنسب لاحق به ، وإنما كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه ، فأشبه نكاح ذوات محارمه .

٦٣٤٥ الفصل الثانى

وإذا خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه ، فله أن يتزوجها فى عدتها فى قول جمهور الفقهاء . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، والحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وشذ بعض المتأخرين فقال : لايحل له نكاحها ولا خطبتها ، لأنها معتدة .

ولنا : أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ، ولا يصان ماؤه عن مائه ، إذا كانا من نكاح صحيح . فإذا تزوجها انقطعت العدة ، لأن المرأة تصير فراشاً له بعقده ، ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة . فإن وطئها ثم طلقها لزمتها عدة مستأنفة ، ولا شىء عليها من الأولى ، لأنها قد انقطعت وارتفعت . وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة ، أو تبنى على مامضى ؟ قال القاضى : فيه روايتان . إحداهما :

(١) ساقطة من ٣٩

تستأنف ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه طلاق لا يخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة كالأول . والثانية : لا يلزمها استئناف عدة ، وهو قول الشافعي ، ومحمد بن الحسن ، لأنه طلاق في نكاح قبل المسيس ، فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه : « ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا »(١) .

وذكر القاضي في كتاب الروايتين : أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة . لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى ، لأن إسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه ، لأنه يتزوج امرأة ويطؤها ، ويخلعها ، ثم يتزوجها ، ويطلقها في الحال ، ويتزوجها الثاني في يوم واحد . فإن خلعها حاملا ، ثم تزوجها حاملا ، ثم طلقها وهي حامل ، انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، ولا تنقضي عدتها قبل وضعها بغير خلاف نعلمه . وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضاً ، لأنه نكحها بعد انقضاء عدة الأول ، وإن وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه ، فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ، ومن قال لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة ، لأن العدة الأولى انقضت بوضع الحمل ، إذ لا يجوز أن تمتد الحامل بغير وضعه . وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ، ثم مضى قرءان أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني ، فقد انقطعت العدة بالنكاح الثاني ، فإن قلنا : تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء ، أو ثلاثة أشهر . وإن قلنا : تبني أتمت العدة الأولى بقرأين أو شهرين .

٦٣٤٦ فصــــل

وإن طلقها طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها في عدتها ، ووطئها ، ثم طلقها انقطعت العدة الأولى برجعته لأنه زال حكم الطلاق ، وتستأنف عدة من الطلاق الثاني ، لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس . وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة ، أو تبني على العدة الأولى ؟ فيه روايتان :

أولاهما : أنها تستأنف ، لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول ، وردتها إلى النكاح الأول ، فصار الطلاق الثاني طلاقاً من نكاح اتصل به المسيس .

والثانية تبني ، لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد . ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة ، فكذلك الرجعة ، فإن فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق ، لأن موجبه في العدة موجب الطلاق ، ولا فرق بينهما . واحتمل أن تستأنف العدة،

(١) سورة الأحزاب آية ٤٩ .

لأنهما جنسان ، بخلاف الطلاق . وإن لم يرتجعها بلفظه لكن وطئها فى عدتها فهل تحصل بذلك رجعة أولا ؟ فيه روايتان .

إحداهما : تحصل به الرجعة ، فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ، ثم وطئها سواء .

والثانية : لا تحصل الرجعة به ، ويلزمها استئناف عدة ، لأنه وطء فى نكاح تشعث ، فهو كوطء الشبهة . وتدخل بقية عدة الطلاق فيها ، لأنهما من رجل واحد . وإن حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الأولى ؟ على وجهين .

أحدهما : تدخل ، لأنهما من رجل واحد .

والثانى : لا تدخل ، لأنهما من جنسين . فعلى هذا إذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق . وإن وطئها وهى حامل ففى تداخل العدتين وجهان . فإن قلنا : يتداخلان فانقضاؤهما معاً بوضع الحمل . وإن قلنا : لا يتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل ، وتستأنف عدة الوطء بالقروء .

٦٣٤٧ فصل

فإن طلقها طلاقاً رجعياً فنكحت فى عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبنى على عدة الأول ، ثم تستأنف عدة الثانى ، ولزوجها الأول رجعتها فى بقية عدتها منه ، لأن الرجعة إمساك للزوجة ، وطريان الوطء من أجنبى على النكاح لا يمنع الزوج إمساك زوجته ، كما لو كانت فى صلب النكاح . وقيل : ليس له رجعتها ، لأنها محرمة عليه ، فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة . والصحيح الأول ، فإن التحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام . ويفارق الردة ، لأنها جارية إلى بينونة بعد الرجعة ، بخلاف العدة . وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها فى عدة الثانى ، لأنها ليست منه ، وإذا ارتجعها فى عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالأشهر انقطعت عدته بالرجعة ، وابتدأت عدة من الثانى ، ولا يحل له وطؤها حتى تنقضى عدة الثانى ، كما لو وطئت بشبهة فى صلب نكاحه .

وإن كانت معتدة بالحمل لم يمكن شروعها فى عدة الثانى قبل وضع الحمل ، لأنها بالقروء[1] ، فإذا وضعت حملها شرعت فى عدة الثانى ، وإن كان الحمل ملحقاً بالثانى فإنها تعتد به عن الثانى[2] ، وتقدم عدة الثانى على الأول ، فإذا أكملت شرعت فى إتمام عدة الأول ، وله حينئذ أن يرتجعها ، لأنها فى عدته . وإن أحب أن يرتجعها فى حال حملها ففيه وجهان . أحدهما : ليس له ذلك لأنها ليست فى عدته ، وهى محرمة عليه . فأشبهت الأجنبية أو المرتدة . والثانى : له رجعتها ، لأن عدتها منه لم تنقض ، وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة .

---

(١) على هامش ١٨ : لأن عدة الثانى بالقروء . من نسخة ثانية . . ويكاد يكون شرحاً لما هنا .

(٢) فى ٣٩ : من الثانى .

٦٣٤٨ فصـــــل

إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فإن أحمد قال : يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة . وهذا يروى عن علي بن أبي طالب ، والحسن ابنه ، ونحوه عن عمر بن الخطاب ، وعن الحسن بن علي ، والصعب بن جثامة . وبه قال عطاء ، وعمر بن عبدالعزيز ، والنخعي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عبيدة قال عمر بن عبد العزيز : لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا ، وإنما قالوا ذلك لأنها إن كانت حاملا حين موته ورثه حملها ، وإن حدث الحمل بعد الموت لم يرثه ، فإن كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتج إلى استبرائها ، لأن الحمل لا ميراث له ، وإن كانت حاملا قد تبين حملها لم يحتج إلى استبرائها ، لأن الحمل معلوم . وإن كانت آيسة لم يحتج إلى استبرائها لليأس من حملها . وإن كانت ممن يمكن حملها ولم يبن بها حمل ، ولم يعتزلها زوجها ، فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث . وإن أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث ، لأنا لا نتيقن وجوده حال موته هذا يروى عن سفيان ، وهو قياس قول الشافعي .

٦٣٤٩ فصل في أحكام المفقود

إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين :

أحدهما : أن تكون غيبة غير منقطعة ، يعرف خبره ، ويأتي كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين ، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله ، فلها أن تطلب فسخ النكاح ، فيفسخ نكاحه . وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته . وهذا قول النخعي ، والزهري ، ويحيى الأنصاري ، ومكحول ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وإن أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته . وبه قال الأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق . وقال الحسن : إباقه طلاقه .

ولنا : أنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ، ومن تعذر الإنفاق من ماله على زوجته فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا ، إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده ، أو في كسبه ، فيعتبر تعذر الإنفاق من محل الوجوب .

الحال الثاني : أن يُفقد وينقطع خبره ، ولا يعلم له موضع ، فهذا ينقسم قسمين .

أحدهما : أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر التجارة في غير مهلكه ، وإباق العبد ، وطلب العلم ، والسياحة ، فلا تزول الزوجية أيضاً ما لم يثبت موته . وروي ذلك عن علي ، وإليه ذهب ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد : وروي ذلك عن أبي قلابة ، والنخعي ، وأبي عبيد .

وقال مالك ، والشافعى فى القديم : تتربص أربع سنين ، وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وتحل للأزواج ، لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة ، وتعذر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى . واحتجوا بحديث عمر فى المفقود ، مع موافقة الصحابة له ، وتركهم إنكاره

ونقل أحمد بن أصرم ، عن أحمد : إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله . وهـذا يقتضى أن زوجته تعتد عدة الوفاة ، ثم تتزوج . قال أصحابنا : إنما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته،لأن الظاهر أنه لايعيش أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته ، كما لو كان فقـده بغيبة ظاهرها الهلاك .

والمذهب : الأول ، لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة ، فلم يحكم بموته كما قبل الأربع سنين ، أو كما قبل التسعين ، ولأن هذا التقدير بغير توقيف ، والتقدير لاينبغى أن يصار إليه إلا بالتوقيف ، لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضى إلى اختلاف المدة فى حق المرأة باختلاف عُمْر الزوج ، ولا نظير لهذا وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك ، فلا يقاس عليه غيره .

القسم الثانى : أن تـكون غيبته ظاهرها الهلاك . كالذى يفقد من بين أهله ليلا أو نهاراً ، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع ، أو يمضى إلى مكان قريب ليقضى حاجته ويرجع ، فلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصفين ، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته ، أو يفقد فى مهلكة كبرية الحجاز ونحوها ، فمذهب أحمد الظاهر عنه : أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل[1] للأزواج .

قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : تذهب إلى حديث عمر ؟ قال : هو أحسنها ، يروى عن عمر من ثمانية وجوه ، ثم قال : زعموا أن عمر رجع عن هذا . هؤلاء الـكذابين ، قلت : فروى من وجه ضعيف : أن عمر قال بخلاف هـذا ؟ قال : لا ، إلا أن يكون إنسان يكذب . وقلت له مرة : إن إنساناً قال لى : إن أبا عبد الله قد ترك قوله فى المفقود بعـدك ، فضحك ثم قال : من ترك هـذا القول أى شيء يقول ؟ وهذا قول عمر ، وعثمان ، وعلى ، وابن عباس ، وابن الزبير . قال أحمد : خمسة من أصحاب النبى صلى الله عليـه وسلم . وبه قال عطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والزهرى ، وقتادة ، والليث ، وعلى بن المدينى ، وعبد العزيز بن أبى سلمة . وبه يقول مالك والشافعى فى القديم ، إلا أن مالـكا قال : ليس فى انتظار من يفقد فى القتال وقت . وقال سعيـد بن المسيب فى امرأة المفقود بين الصفين : تتربص سنة ، لأن غلبة هلاكه هاهنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه .

وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول إذا تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً

(٢) فى ٣٩ : ثم تحل .

تزوجت ، وقد ارتبت فيها ، وهِبْت الجواب فيها ، لما اختلف الناس فيها ، فكأنى أحب السلامة . وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله ، وتتربص أبداً ، ويحتمل التورع ، ويكون المذهب ماقاله أولا .

قال القاضى : أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة . وعندى : أن المسألة على روايتين . وقال أبو بكر : الذى أقول به إن صح الاختلاف فى المسألة ألا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال . وإن ثبت الإجماع فالحكم فيه على مانص عليه ، وظاهر المذهب على ماحكيناه أولا . نقله عن أحمد الجماعة . وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع ، على ماحكيناه من رواية الأثرم .

وقال أبو قلابة ، والنخعى ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأصحاب الرأى والشافعى فى الجديد : لاتتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته ، أو فراقه ، لما روى[1] المغيرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتى زوجها » . وروى الحكم ، وحماد ، عن على : لاتتزوج امرأة المفقود حتى يأتى موته أو طلاقه ، لأنه شك فى زوال الزوجية ، فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة .

ولنا : ماروى الأثرم والجوزجانى بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : « فقد رجل فى عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له ، فقال : انطلقى فتربصى أربع سنين . ففعلت ثم أتته ، فقال : انطلقى فاعتدى أربعة أشهر وعشراً . ففعلت ، ثم أتته فقال : أين ولىُّ هذا الرجل ؟ فقال : طلقها[2] ، ففعل ، فقال لها عمر : انطلقى فتزوجى من شئت . فتزوجت ثم جاء زوجها الأول ، فقال عمر : أين كنت ؟ قال ياأمير المؤمنين استهوتنى الشياطين ، فوالله ماأدرى فى أى أرض الله كنت . كنت عند قوم يستعبدوننى حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون ، فكنت فيما غنموه ، فقالوا لى : أنت رجل من الإنس ، هؤلاء من الجن ، فمالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبرى ، فقالوا : بأى أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هى أرضنا ، فأصبحت وأنا أنظر إلى الحَرَّة . فخيره عمر إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق . فاختار الصداق وقال : قد حبلت ، لاحاجة لى فيها » . قال أحمد : يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ، ولم يعرف فى الصحابة له مخالف .

وروى الجوزجانى وغيره بإسنادهم عن على فى امرأة المفقود : تعتد أربع سنين ، ثم يطلقها ولى زوجها ، تعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً ، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته ، وقضى به عثمان أيضاً ، وقضى به ابن الزبير فى مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت فى الصحابة فلم تنكر ، فكانت إجماعاً .

---

(١) سيدى المؤلف رأيه فيه فى نهاية هذا الفصل (ف)

(٢) فى ٣٩ : فقال لوليه طلقها .

فأما الحديث الذى رووه عن النبى صلى الله عليه وسلم فلم يثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن . وما رووه عن على فيرويه الحكم وحماد مرسلا ، والمسند عنه مثل قولنا ، ثم يحمل مارووه على المفقود الذى ظاهر غيبته السلامة ، جمعاً بينه وبين ماروينا ، وقولهم : إنه شك فى زوال الزوجية ممنوع ، فإن الشك ماتساوى فيه الأمران ، والظاهر فى مسألتنا هلاكه .

٦٣٥٠ فصـــل

وهل يعتبر أن يطلقها ولى زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يعتبر ذلك ، لأنه فى حديث عمر الذى رويناه ، وقد قال أحمد : هو أحسنها . وذكر فى حديث على : أنه يطلقها ولى زوجها .

والثانية : لا يعتبر ذلك ، كذلك قال ابن عمر ، وابن عباس ، وهو القياس ، فإن ولى الرجل لا ولاية له فى طلاق امرأته ، ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة ، فلا تجب عليها مع ذلك عدة الطلاق ، كما لو تيقنت وفاته ، ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج ، وأوجب عليها عدة الوفاة ، فأشبه مالو شهد به شاهدان .

٦٣٥١ فصـــل

وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة ، أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين :

إحداهما : يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم ، لأنها مدة مختلف فيها ، فافتقرت إلى ضرب الحاكم ، كمدة العنة .

والثانى : من حين انقطع خبره ، وبعد أثره ، لأن هذا ظاهر فى موته ، فكان ابتداء المدة منه ، كما لو شهد به شاهدان . وللشافعى وجهان كالروايتين .

٦٣٥٢ فصـــل

فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهى امرأته . وقال بعض أصحاب الشافعى : إذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الأول ، والذى ذكرنا أولى ، لأننا إنما أبحنا لها التزويج لأن الظاهر موته ، فإذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر ، وكان النكاح بحاله ، كما لو شهدت البينة بموته ، ثم بان حياً ، ولأنه أحد الملكين فأشبه ملك المال . فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا ، فإن كان قبل دخول الثانى بها فهى زوجة الأول ، ترد إليه ولا شىء ، قال أحمد : أما قبل الدخول فهى امرأته ، وإنما التخيير بعد الدخول . وهذا قول الحسن ، وعطاء ، وخلاس بن عمرو ، والنخعى ، وقتادة ، ومالك ، وإسحاق .

وقال القاضي : فيه رواية أخرى : أنه يخير . وأخذه من عموم قول أحمد : إذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته .

والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خاصه فى رواية الأثرم ، وأنه لاتخيير إلا بعد الدخول فتكون زوجة الأول رواية واحدة ، لأن النكاح إنما صح فى الظاهر دون الباطن ، فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا ، لأنه صادف امرأة ذات زوج ، فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته ، وليس عليه صداق ، لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ، ويعود الزوج بالعقد الأول ، كما لو لم تتزوج . وإن قدم بعد دخول الثانى بها خير الأول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول ، وبين أخذ صداقها وتكون زوجة للثانى . وهذا قول مالك ، لإجماع الصحابة عليه ، فروى معمر ، عن الزهرى ، عن سعيد بن المسيب : أن عمر وعثمان قالا : « إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الذى ساق هو » رواه الجوزجانى ، والأثرم . وقضى به ابن الزبير فى مولاة لهم : وقال على ، ذلك فى الحديث الذى رويناه ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعاً . فعلى هذا إن أمسكها الأول فهى زوجته بالعقد الأول ، والمنصوص عن أحمد . أنه لايحتاج الثانى إلى طلاق ، لأن نكاحه كان باطلا فى الباطن ، وقال القاضى : قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق ، لأن هذا نكاح مختلف فى صحته ، فكان مأموراً بالطلاق ليقطع حكم العقد الثانى ، كسائر الأنكحة الفاسدة . ويجب على الأول اعتزالها . حتى تنقضى عدتها من الثانى .

وإن لم يخترها الأول فإنها تكون مع الثانى ، ولم يذكروا لها عقداً جديداً . والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقداً ، لأننا تبينا بطلان عقده بمجىء الأول ، ويحمل قول الصحابة على هذا ، لقيام الدليل عليه . فإن زوجة الإنسان لاتصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها وقال أبو الخطاب : القياس أننا إن حكمنا بالفرقة ظاهراً وباطناً فهى امرأة الثانى ، ولاخيار للأول ، لأنها بانت منه بفرقة الحاكم ، فأشبه مالو فسخ نكاحها لعسرته ، وإن لم نحكم بفرقته باطناً فهى امرأة الأول ولا خيار له .

٦٣٥٣ فصـــل

ومتى اختار الأول تركها فإنه يرجع على الثانى بصداقها ، لقضاء الصحابة بذلك ، ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ، ودخوله بها . واختلف عن أحمد فيما يرجع به ، فروى عنه أنه يرجع بالصداق الذى أصدقها هو ، وهو اختيار أبى بكر ، وقول الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، وعلى بن المدينى ، لقضاء على وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذى ساق هو ، ولأنه أتلف عليه المعوض فرجع بالعوض كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة . فعلى هذا إن كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشىء ، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع . ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق ، وترجع المرأة بما بقى عليه من صداقها . وعن

أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذى أصدقها الثانى ، لأن إتلاف البضع من جهته ، والرجوع عليه بقيمته ، والبضع لايتقوم إلا على زوج ، أو من جرى مجراه ، فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثانى دون الأول .
وهل يرجع الزوج الثانى على الزوجة بما أخذ منه ؟ فيه روايتان . ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد .

إحداهما : يرجع به ، لأنها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها ، فرجع بها كالمغرور .

والثانية : لايرجع بها ، وهو أظهر ، لأن الصحـابة لم يقضوا بالرجوع ، فإن سعيد بن المسيب روى أن عمر وعثمان « قضيا فى المرأة التى لاتدرى ماصهلك زوجها : أن تتربص أربع سنين ، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها . أربعة أشهر وعشراً ، ثم تزوج إن بدا لها . فإن جاء زوجها خير إما امرأته وإما الصداق ، فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر ، وثبتت عنده ، وإن اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضى عدتها . وإن قدم زوجها وقد توفى زوجها الآخر ورثت ، واعتدت عدة المتوفى عنها ، وترجع إلى الأول » رواه الجوزجانى . ولأن المرأة لا تغرير منها ، فلم يرجع عليها بشىء كغيرها ، فإن قلنا : يرجع عليها ، فإن كان قد دفع إليها الصداق رجع به ، وإن كان لم يدفعه إليها دفعه إلى الأول ، ولم يرجع عليها بشىء . وإن كان قد دفع بعضه رجع بمـا دفع . وإن قلنا : لا يرجع عليهـا وكان قد دفع إليها الصداق لم يرجع به ، وإن لم يكن دفعه إليها لزمه دفعه ، ويدفع إلى الأول صداقاً آخر .

٦٣٥٤ فصـــــل

وإن اختارت امرأة المفقود المقام والصـبر حتى يتبين أمره فلها النفقة مادام حياً ، وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره ، لأنها محكوم لها بالزوجية ، فتجب لهـا النفقة كما لو علمت حياته . فإذا تبين[1] أنه مات أو فارقها فلها النفقة ، إلى يوم موته أو بينونتها منه ، ويرجع عليها بالباقى ، لأنا تبينا أنها أنفقت مال غيره ، أو أنفقت من ماله وهى غير زوجة له ، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لهـا مدة فلها النفقة فى مدة التربص ، ومدة العدة ، لأن مدة التربص لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها ، فهى محبوسة عليه بحكم الزوجية ، فأشبه ماقبل المدة . وأما مدة العـدة فلأنها غير متيقنة ، بخلاف عدة الوفاة ، فإن موته متيقن ، ومابعد المدة إن تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها ، لأنها أسقطتها بخروجه عن حكم نـكاحه ، وإن لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية ، لأنها لم تخرج بعد من نـكاحه ، وإن قدم الزوج بعد ذلك وردت إليه عادت نفقتها من حين الرد .

وقد روى الأثرم والجوزجانى عن ابن عمر ، وابن عباس ، قالا : تنتظر امرأة المفقود أربع سنين» .

---

(١) فى ١٨ : فإذا تبينت .

قال ابن عمر : « ينفق عليها من مال زوجها » . وقال ابن عباس : « إذاً يجحف ذلك بالورثة ، ولكنها تستدين ، فإن جاء زوجها أخذت من ماله ، وإن مات أخذت من نصيبها من الميراث » وقالا : ينفق عليها بعد فى المدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشراً . وإن قلنا : ليس لها أن تتزوج لم تسقط نفقتها مالم تتزوج . فإن تزوجت سقطت نفقتها ، لأنها بالتزويج تخرج عن يده ، وتصير ناشزاً ، وإن فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت فى المدة ، فإذا انقضت فلم تعد إلى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضاً ، لأنها باقية على النشوز ، وإن عادت إلى مسكنه احتمل أن تعود النفقة ، لأن النشوز المسقط لنفقتها قد زال ، ويحتمل ألا تعود ، لأنها ما سلمت نفسها إليه ، وإن عاد فتسلمها عادت نفقتها . ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته وإن لم ترث شيئاً فهو عليها ، لأنها أنفقت من مال الوارث مالا تستحقه .

فأما نفقتها على الزوج الثانى فإن قلنا ، لهـا أن تتزوج فنكاحها صحيح ، حكمه فى النفقة حكم غيره من الأنكحة الصحيحة . وإن قلنا : ليس لها أن تتزوج فلا نفقة لها ، فإن أنفق عليها لم يرجع بشىء ، لأنه تطوع به ، إلا أن يجبره على ذلك حاكم ، فيحتمل أن يرجع بها ، لأنه ألزمه أداء ما لم يكن واجباً عليه ويحتمل ألا يرجع به ، لأن ماحكم به الحاكم لايجوز نقضه مالم يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً ، فإن فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها إلا أن تـكون حاملا فينبنى وجوب النفقة على الروايتين فى النفقة هل هى للحمل ، أو لها من أجله ؟ فإن قلنا : هى للحمل ، فلها النفقة ، لأن نسب الحمل لاحق به ، فيجب عليه الإنفاق على ولده . وإن قلنا : لها من أجله فلا نفقة لهـا ، لأنه فى غير نكاح صحيح ، فأشبه حمل الموطوءة بشبهة . وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثانى لحقه نسبه لأنها صارت فراشاً له ، وقد علمنا أن الولد ليس من الأول ، لأنها تربصت بعـد فقده أكثر من مدة الحمل ، وتنقضى عدتهـا من الثانى بوضعه لأن الولد منه ، وعليها أن ترضعه اللبن لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به . فإن ردت إلى الأول فله منعها من إرضاعه ، كما له أن يمنعها من رضاع أجنبى ، لأن ذلك يشغلها عن حقوقه ، إلا أن يضطر إليها ، ويخشى عليه من التلف ، فليس له منعها من إرضاعه ، لأن هذا حال ضرورة ، فإن أرضعته فى بيت الزوج الأول لم تسقط نفقتها ، لأنها فى قبضته ويده ، وإن أرضعته فى غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها ، لأنها ناشز . وإن كان بإذنه خرج على الروايتين فيما إذا سافرت لحاجتها بإذنه .

٦٣٥٥ (فصل فى ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها)

متى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزوجها بالثانى ورثته وورثها ، وكذلك إن تزوجت الثانى فلم يدخل بها ، لأننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت إليه بغير تخيير .

وقد ذكرنا أن القاضي ذكر : أن فيها رواية أخرى : أنه يخير فيها ، فعلى هذه الرواية حكمه حكم ما لو دخل بها الثانى . فأما إن دخل الثانى بها نظرنا ، فإن قدم الأول فاختارها وردت إليه ورثها وورثته ، ولم ترث الثانى . ولم يرثها ، لأنه لازوجية بينهما . وإن مات أحدهما قبل اختيارها إما فى الغيبة أو بعد قدومه ، فإن قلنا : لها أن تتزوج ورثت الزوج الثانى وورثها ، ولم ترث الأول ولم يرثها ، لأن من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر ، وإن ماتت قبل اختيار الأول خير[1] ، فإن اختارها ورثها وإن لم يخترها ورثها الثانى ، وهذا ظاهر قول أصحابنا . وأما على ماأختاره فإنها لاترث الثانى ، ولا يرثها بحال ، إلا أن يجدد لها عقداً ، أو لا يعلم أن الأول كان حياً . ومتى علم أن الأول كان حياً ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها .

وعلى قول أبى الخطاب : إن حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثانى وورثها ولم ترث الأول ، ولم يرثها ، فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة ، وإن مات الثانى فى موضع لاترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة فى النكاح الفاسد . فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته ، وهو اختيار أبى بكر .

وقال ابن حامد : لا عدة عليها لوفاته ، ولكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء ، فإن ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما ، وبدأت بعدة الأول ، فإذا أكملتها اعتدت للآخر . وإن مات الأول أولا فكذلك وإن مات الثانى أولا بدأت بعدته ، فإذا مات الأول انقطعت عدة الثانى ، ثم ابتدأت عدة الأول ، فإذا أكملتها أتمت عدة الثانى ، وإن علم موت أحدهما وجهل وقت موت الآخر ، أو جهل موتهما ، فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت ، وتبدأ بعدة الأول ، لأنه أسبق وأولى ، وإن كانت حاملا فبوضع الحمل تنقضى عدة الثانى ، لأن الولد منه ، ثم تبتدىء بعده بعدة الوفاة أو أربعة أشهر وعشراً .

٦٣٥٦ فصل

وإذا تزوجت امرأة المفقود فى وقت ليس لها أن تتزوج فيه مثل أن تتزوج قبل مضى المدة التى يباح لها التزويج بعدها : أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة ، أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل . وقال القاضى : إن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه ، أو فارقها وانقضت عدتها ، ففى صحة نكاحها وجهان .

أحدهما : هو صحيح ، لأنها ليست فى نكاح ولا عدة ، فصح تزويجها كما لو علمت ذلك .

والثانى : لايصح ، لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه . وأصل هذا :من باع عيناً فى يده يعتقدها

---

(١) فى ٢٩ : خيرناه .

لموروثه ، فبان موروثه ميتاً ، والعين مملوكة له بالإرث ، هل يصح البيع ، فيه وجهان . كذا ههنا . ومذهب الشافعى مثل هذا .

ولنا : أنها تزوجت فى مدة منعها الشرع من النكاح فيها ، فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة فى عدتها ، أو المرتابة قبل زوال ريبتها .

٦٣٥٧ فصـــــل

ويقسم مال المفقود فى الوقت الذى تؤمر زوجته بعدة الوفاة فيه ، وبهذا قال قتادة . وقال الشافعى ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته ، لأن الأصل البقاء ، فلا يزول عنه بالشك ، وإنما صرنا إلى إباحة التزويج لامرأته لإجماع الصحابة ، ولأن بالمرأة حاجة إلى النكاح ، وضرراً فى الانتظار ، فاختص ذلك بها .

ولنا : أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله ، كمن قامت البينة بموته ، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان فى معناه . وتأخير القسمة ضرر بالورثة ، وتعطيل لمنافع المال ، وربما تلف أو قلت قيمته ، فهو فى معنى الضرر بتأخير التزويج .

٦٣٥٨ فصـــــل

وإن تصرف الزوج المفقود فى زوجته بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو قذف صح تصرفه ، لأن نكاحه باق ، ولهذا خير فى أخذها ، وإنما حكمنا بإباحة تزويجها لأن الظاهر موته ، فلا يبطل فى الباطن كما لو شهدت بموته بينة كاذبة .

٦٣٥٩ فصـــــل

وإذا فقدت الأمة زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام . وهذا اختيار أبى بكر . وقال القاضى : تتربص نصف تربص الحرة . ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الأوزاعى والليث لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زواجها فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كالعدة .

ولنا : أن الأربع سنين مضروبة لكونها مدة الحمل ، ومدة الحمل فى الحرة والأمة سواء ، فاستويا فى التربص لها كالقسمة الأشهر فى حق من ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه ؟ وكالحمل نفسه ، وبهذا ينتقض قياسهم . فأما العبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها تربُّص الحرة تحت الحر ، وإن كانت أمة فهى كالأمة تحت الحر ، لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال ، وكذلك مدة التربص . وحكى عن الزهرى ، ومالك : أنه يضرب له نصف أجل الحر ، والأولى ما قلناه ، لأنه تربص مشروع فى حق المرأة لفرقة زوجها ، فأشبه العدة .

٦٣٦٠ فصـــل

فإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته ، فاعتدت زوجته الوفاة أبيح لهـا أن تتزوج فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها ، وله الصداق ، وكذلك إن تظاهرت الأخبار بموته ، وقد روى الأثرم بإسناده عن أبى المليح عن سُهيَّة : « أن زوجها صيفى بن فشيل نعى لها من قيذانيل ، فتزوجت بعده ، ثم إن زوجها الأول قدم ، فأتينا عثمان وهو محصور ، فأشرف علينـا فقال : كيف أقضى بينكم وأنا على هذا الحال ؟ فقلنا : قد رضينا بقولك ، فقضى أن يخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فرجعنا . فلما قتل عثمان أتينا عليًّا فخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة ، فاختار الصداق ، فأخذ منى ألفين ، ومن زوجى الآخر ألفين » .

فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة ، فما حصـل من غرامة فعليهما ، لأنهما سبب فى إيجابها . وإن شهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجد من ماله أخذه ، وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين ، لأنهما سبب الاستيلاء عليه ، وللمالك تضمين المتلف ، لأنه أتلف ماله بغير إذنه .

٦٣٦١ فصـــل

وإذا نـكح رجل امرأة نكاحاً متفقاً على بطلانه ، مثل أن ينكح ذات محرمه ، أو معتدة يعلم حالها وتحريمها ، فلا حكم لعقده ، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة ، وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة ، وإن وطئها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها ، سواء فارقها أو مات عنها ، كالو زنى بها من غير عقد ، وإن نـكحها نكاحاً مختلفاً فيـه فهو فاسد ، فإن مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليهـا عدة الوفاة ، وهذا اختيار أبى بكر .

وقال أبو عبد الله بن حامد : ليس عليهـا عدة الوفاة ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه نـكاح لا يثبت الحل ، فأشبه الباطل . فعلى هذا إن كان قبل الدخول فلا عدة عليها ، وإن كان بعده اعتدت بثلاثة قروء ووجه الأول أنه نـكاح يلحق به النسب . وإن فارقها فى الحياة بعـد الإصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ، ولا اختلاف فيه . وإن كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلا خلاف ، لأن المفارقة فى الحياة فى النكاح الصحيح لا عدة عليها بلا خلاف ، ففى الفاسد أولى . وإن كان بعد الخلوة قبل الإصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة ، لأنه جرى مجرى النكاح الصحيح فى لحوق النسب ، فكذلك فى العدة . وقال الشافعى : لا عدة عليها لوجهين :

أحدها : أنها خلوة فى غير نـكاح صحيح ، أشبهت التى نـكاحها باطل .

والثانى : أن الخلوة عنـده فى النـكاح الصحيح لا توجب العدة ، ففى الفاسد أولى . وهـذا مقتضى قول ابن حامد .

٦٣٦٢ فصل فى عدة المعتق بعضها

ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة ، لأن عدة الحامل لاتختلف بالرق والحرية ، وعدة الأمة بالقروء قرءان ، فأدنى مايكون فيها من الحرية يوجب قرءا ثالثاً ، لأنه لايتبعض ، وإن كانت معتدة بالشهور . إما للوفاة وإما للإياس أو الصغر ، فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة ، فإذا كان نصفها حراً فاعتدت للوفاة فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال ، لأن الليل يحسب مع النهار ، فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك ، وإن كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا إن عدة الأمة شهر ونصف كانت عدة المعتق نصفها شهرين وربعاً . وإن قلنا عدة الأمة شهران أو ثلاثة أشهر فعـدة المعتق بعضها كعدة الحرة سواء ، وأم الولد والمدبرة والمكاتبة عدتهن كعدة الأمة سواء لأنهن إماء .

٦٣٦٣ مســـألة

قال : ﴿ وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ﴾ .

هذا المشهور عن أحمد ، وهو قول ابن عمر ، وروى : ذلك عن عثمان ، وعائشة ، والحسن ، والشعبى والقاسم بن محمـد ، وأبى قلابة ، ومكحول ، ومالك ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور . وروى عن أحمد : أنها تعتد عدة الوفاة ، أربعـة أشهر وعشرا ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وأبى عياض ، وابن سيرين ، وسعيد بن جبير ، ومجـاهد ، وخلاس بن عمرو ، وعمر بن عبـد العزيز ، والزهرى ، ويزيد بن عبد الملك ، والأوزاعى ، وإسحاق . لمـا روى عن عمرو بن العاص أنه قال : « لاتفسدوا علينا سنـة نبينا صلى الله عليـه وسلم ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعـة أشهر وعشر » . رواه أبو داود ، ولأنها حرة تعتد للوفاة ، فـكانت عدتها أربعة أشهر وعشرا ، كالزوجة الحرة . وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة تعتد شهرين وخمسة أيام . ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فى الجامع ، ولا أظنها صحيحة عن أحمـد . وروى ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وقتادة ، ولأنها حين الموت أمة فـكانت عدتها عدة الأمة كالو مات رجل عن زوجته الأمة فعتقت بعد موته وروى عن على ، وابن مسعود ، وعطاء ، والنخعى ، والثورى وأصحـاب الرأى : أن عدتها ثلاث حيض ، لأنهـا حرة تستبرأ ، فـكان استبراؤها بثلاث حيض كالحرة المطلقة .

ولنـا : أنه استبراء لزوال الملك عن الرقبة ، فـكان حيضة فى حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات[1] والمملوكات ، ولأنه استبراء لغير الزوجات والموطوآت بشبهة فأشبه ماذكرناه . قال القاسم بن محمد : « سبحان الله ، يقول الله تعالى فى كتابه (والذينَ يتوفونَ منـكمْ ويذرونَ أزواجاً)[2] . ماهن

---

(١) فى ٢٩ : كاستبراء سائر المعتقات والمخلوقات (٢) سورة البقرة آية ٢٤٣ .

بأزواج » . فأما حديث عمرو بن العاص فضعيف . قال المنذر : ضعف أحمـد وأبو عبيد حديث عمرو ابن العاص .

وقال محمد بن موسى سألت أبا عبدالله عن حديث عمرو بن العاص ؟ فقال : لا يصح ، وقال الميمونى : رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ، ثم قال : أين سنة النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا ؟ وقال أربعة أشهر وعشر إنما هى عدة الحرة من النـكاح ، وإنما هذه أمة خرجت من الرق إلى الحرية . ويلزم من قال بهذا أن يورثها . وليس لقول من قال : تعتد بثلاث حيض وجه ، وإنما تعتد بذلك المطلقة ، وليست هـذه مطلقة ، ولا فى معنى المطلقة . وأما قياسهم إياها على الزوجات فلا يصح ، فإن هذه ليست زوجة ولا فى حكم الزوجة ، ولا مطلقة ولا فى حكم المطلقة .

٦٣٦٤ فصـــل

ولا يكفى فى الاستبراء طهر واحد ، ولا بعض حيضة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب مالك : متى طعنت فى الحيضة فقد تم استبراؤها ، وزعم أنه مذهب مالك ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : يكفى طهر واحد إذا كان كاملا ، وهو أن يموت فى حيضها ، فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت ، وتم استبراؤها ، وهكذا الخلاف فى الاستبراء كله ، وبنوا هـذا على أن القروء الأطهار ، وهذا يرد قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » .

وقال رويفع بن ثابت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم خيبر : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضة » رواه الأثرم . وهـذا صريح ، فلا يعول على ماخالفه ، ولأن الواجب الاستبراء[1] ، والذى يدل على البراءة هو الحيض ، فإن الحامل لاتحيض . فأما الطهر فلا دلالة عليه[2] على البراءة فلا يجوز أن يعول فى الاستبراء على مالا دلالة عليه[3] دون مايدل عليـه . وبناؤهم قولهم[4] هـذا على قولهم : إن القروء الأطهار بناء للخلاف على الخلاف ، وليس ذلك بحجة ، ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه . فجعلوا الطهر الذى طلقها فيه قرءاً ، ولم يجعلوا الطهر الذى مات فيه سيد أم الولد قرءاً ، وخالفوا الحديث والمعنى .

فإن قالوا : إن بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة ، قلنا . فيـكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءاً عند أحد ، فإذا تقرر هذا فإن مات عنها وهى طاهر فإذا طهرت من الحيضة

---

(١) فى المطبوعة : استبراء ، وما فى ١٨ أوضح .

(٢) فى ٢٩ : فلا دلالة فيه . (٣) فى ٢٩ : على مالا دلالة عنه .

(٤) فى ١٨ : وبناء قولهم .

المستقبلة حلت ، وإن كانت حائضاً لم تعتد ببقية تلك الحيضة الثانية حلت ، لأن استبراء هـذه بحيضة ، فلابد من حيضة كاملة .

٦٣٦٥ مســـــألة

قال ﴿ وإن كانت آيساً فبثلاثة أشهر ﴾ .

وهذا المشهور عن أحمد أيضاً . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، والنخعى ، وأبى قلابة ، وأحد قولى الشافعى ، وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا : لاتستبرأ الحبلى فى أقل من ثلاثة أشهر ، فأعجبه قولهم ، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بشهر ، وهو قول ثان للشافعى ، لأن الشهر قائم مقام القرء فى حق الحرة ، والأمة المطلقة ، فـكذلك فى الاستبراء .

وذكر القاضى رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة الأمة المطلقة ، ولم أر لذلك وجهاً ، ولو كان استبراؤها بشهرين لـكان استبراء ذات القرء بقرأين ، ولم نعـلم به قائلا ، وقال سـعيد بن المسيب ، وعطاء ، والضحاك ، والحـكم ، فى الأمة التى لاتحيض : تستبرأ بشهر ونصف ، ورواه حنبل عن أحمد ، فإنه قال : قال عطاء : إن كانت لاتحيض فخمس وأربعون ليلة ، قال عمى : كذلك أذهب ، لأن عدة الأمة المطلقة الآيسة كذلك ، والمشهور عن أحمد الأول .

قال أحمد بن القاسم : قلت لأبى عبد الله : كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة ، وإنما جعل الله فى القرآن مكان كل حيضة شهراً ؟ فقال : إنمـا قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل ، فإنه لا يتبين فى أقل من ذلك ، فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل ، فأخبروه أن الحمل لايتبين فى أقل من ثلاثة أشهر ، فأعجبه ذلك . ثم قال : ألا تسمع قول ابن مسعود : « إن النطفة تـكون نطفة أربعين يوماً ، ثم علقة أربعين يوماً ، ثم مضغة بعد ذلك » .

قال أبو عبد الله : فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة ، وهى لحم ، فتبين[1] حينئذ ، وقال لى : هذا معروف عند النساء . فأما شهر فلا معنى فيه ، ولا نعلم به قائلا .

ووجه استبرائه بشهر : أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة ، ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات ، فـكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر ، مكان ثلاثة قروء ، وعـدة الأمة شهرين مكان قرأين ، وللأمة المستبرأة ، التى ارتفع حيضها عشرة أشهر ، تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة ، فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر ، كما فى حق من ارتفع حيضها ، فإن قيل : فقد وجدتُمْ مادل على البراءة ، وهو تربص تسعة أشهر . قلنا : وههنا مايدل على البراءة ، وهو الإياس فاستويا .

---

(١) فى ١٨ فيتبين .

٦٣٦٦ فصل

قال ﴿ وإن ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل ، وشهر مكان الحيضة ﴾ .

وفى هذه المسألة أيضاً روايتان :

إحداها : أنها تستبرأ بعشرة أشهر .

والثانية : بسنة ، تسعة أشهر للحمل ، لأنها غالب مدته ، وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التى تستبرأ بها الآيسات . وقد ذكرنا الروايتين فى الآيسة ، وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر ، وههنا جعل مكان الحيضة شهراً لأن اعتبار تكرارها فى الآيسة لتعلم براءتها من الحمل ، وقد علم براءتها منه ههنا بمضى غالب مدته ، فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس .

٦٣٦٧ فصل

وإن علمت مارفع الحيض لم تزل فى الاستبراء حتى يعود الحيض ، فتستبرىء نفسها بحيضة ، إلا أن تصير آيسة فتستبرىء نفسها استبراء الآيسات ، وإن ارتابت بنفسها فهى كالحرة المسترببة ، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب ، والله تعالى أعلم .

٦٣٦٨ مسألة

قال : ﴿ وإن كانت حاملا فحتى تضع ﴾ .

وهذه بحمد الله لاخلاف فيها ، فإن الله تعالى قال : « وأولاتُ الأحمالِ أجلُهُنَّ أن يضَعْنَ حملَهُنَّ »(١) وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لاتوطأ حامل حتى تضع » ، ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملا بوضع حملها ، وذلك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل ، وهذا يحصل بوضعه ، ومتى كانت حاملا باثنين أو أكثر فلا ينقضى استبراؤها حتى تضع آخر حملها ، على ماذكرنا فى المعتدة .

٦٣٦٩ فصل

وإذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ، ولم يلزمها استبراء لأنها محرمة على المولى ، وليست له فراشاً ، وإنما هى فراش للزوج ، فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشاً ، ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها فإنه لايحل له تزويجها قبل استبرائها ، فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضاً ، وإن طلقها بعد

---

(١) سورة الطلاق آية ٤ .

التدبير أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فعليها عدة حرة كاملة ، لأنها قد صارت حرة فى حال[1] وجوب العدة عليها ، وإن مات سيدها وهى فى عدة الزوج عتقت ، ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه . ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات ، وتبنى على عدة أمة ، إن كان طلاقها بائناً ، أو كانت متوفى عنها ، وإن كانت رجعية بنت على عدة حرة على مامضى .

وإن بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق ، أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول ، فقضت عدته ثم مات سيدها فعليها الاستبراء ، لأنهـا عادت إلى فراشه ، وقال أبو بـكر : لا يلزمهـا استبراء إلا أن يردهـا السيد إلى نفسه ، لأن فراشه قد زال بتزويجها ، ولم يتجدد لها مايردهـا إليه ، فأشبهت الأمة غير الموطوءة .

٦٣٧٠ فصـــل

فإن مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولا ، فعلى قول أبى بـكر ليس عليها استبراء ، لأن فراش سيدها قد زال عنها ، ولم تعد إليه ، وعليها أن تعتد لوفاة زوجها عدة الحرائر ، ولأنه يحتمل أن سيدها مات أولا ، ثم مات زوجها وهى حرة ، فلزمها عدة الحرة لتخرج من العدة بيقين ، وعلى القول الآخر إن كان بين موتهما شهران وخمسة أيام فمـا دون فليس عليها استبراء ، لأن السيد إن كان مات أولا فقد مات وهى زوجته ، وإن كان مات آخراً فقد مات وهى معتدة ، وليس عليها استبراء فى هاتين الحالتين ، وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهمـا عدة الحرة لما ذكرناه ، وإن كان بين موتهما أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الأجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة لأنه يحتمل أن يـكون السيد مات أولا ، فيـكون عليها عدة الحرة من الوفاة ، ويحتمل أنه مات آخراً بعـد انقضـاء عدتها من الزوج وعودها إلى فراشه ، فلزمهـا الاستبراء بحيضة ، فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين .

قال ابن عبد البر : وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة الأمة من سيدها بحيضة ، ومن زوجها شهران وخمس ليال ، فإن جهل مابين موتهما فالحـكم فيه كما لو علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليـال احتياطاً لإسقاط الفرض بيقين ، كما أخـذنا بالاحتياط فى الإيجاب بين عـدة حرة وحيضة فيما إذا علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال ، وقول أصحاب الشافعى فى هذا القول مثل قولنا . وكذلك قول أبى حنيفة وأصحابه إلا أنهم جعلوا مـكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم فى استبراء أم الولد .

وقال ابن المنذر : حكمها حكم الإماء ، وعليها شهران وخمسة أيام ، ولا أنقلها إلى حكم الحرائر إلا بإحاطة

(١) فى ١٨ : حين وجوب العدة .

أن الزوج مات بعد المولى ، وقيل : إن هذا قول أبي بكر عبد العزيز أيضاً ، والذى ذكرناه أحوط . فأما الميراث فإنها لا ترث من زوجها شيئاً لأن الأصل الرق ، والحرية مشكوك فيها ، فلم ترث مع الشك . والفرق بين الإرث والعدة : أن إيجاب العدة عليها استظهار لاضرر فيه على غيرها ، وإيجاب الإرث إسقاط لحق غيرها ، ولأن الأصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين ، والأصل عدم الميراث لها فلا ترث إلا بيقين . فإن قيل : أفليس المفقود إذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك في إرثه ؟ قلنا : الفرق بينهما : أن الأصل ههنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها ، والمفقود الأصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وارثا ، فافترقا .

٦٣٧١ مسألة

قال : ﴿ وإن أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ، وكذلك إن أراد أن يزوجها وهى فى ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها ﴾ .

لا يختلف المذهب فى أن الاستبراء ههنا بحيضة فى ذات القروء ، وهو قول الشافعى ، وهو قول الزهرى ، والثورى ، فيمن أراد تزويج أمة كان يصيبها . وقال أصحاب الرأى : ليس عليها استبراء ، لأن له بيعها ، فكان له تزويجها كالتى لا يصيبها وقال عطاء ، وقتادة : عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة .

ولنا : أنها فراش لسيدها ، فلم يجز أن تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء ، كما لو مات عنها ، ولأن هذه موطوءة وطئاً له حرمة ، فلم يجز أن تتزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة . وهذا لأنه إذا وطئها سيدها اليوم ، ثم زوجها فوطئها الزوج فى آخر اليوم ، أفضى إلى اختلاط المياه ، وامتزاج الأنساب ، وهذا لا يحل . ويخالف البيع ، فإنها لا تصير به فراشاً ، ولا يحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها ، فلا يفضى إلى اختلاط المياه . ولهذا يصح فى المعتدة والمزوجة بخلاف التزويج .

٦٣٧٢ فصل

فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما ذكرنا فى أم الولد على ما شرحنا . ومفهوم كلام الخرقى أنها إذا كانت أمة لا يطؤها سيدها : لم يلزمها استبراء ، لأنها ليست فراشاً لسيدها ، فلم يلزمها الاستبراء كالمزوجة والمعتدة ، ولأن تركها للاستبراء لا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج المياه امتزاج الأنساب ، بخلاف الموطوءة .

٦٣٧٣ فصل

وإن مات عن أمة كان يصيبها فاستبراؤها بما ذكرنا فى أم الولد لأنها فراش لسيدها ، فأشبهت

أم الولد إلا أنها إذا كانت من ذوات القروء فاستبراؤها بحيضة واحدة ، رواية واحدة ، لأنها لا تصير حرة .

٦٣٧٤ فصـــــل

وإن أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها فله أن يتزوجها في الحال من غير استبراء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم[1] « أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها » .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم[2] : « ثلاثة يوفون أجرهم مرتين : رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها ، وعلمها فأحسن تعليمها ، ثم أعتقها وتزوجها » . ولم يذكر الاستبراء ، ولأن الاستبراء لصيانة مائه ، وحفظه عن الاختلاط بماء غيره ، ولا يصان ماؤه عن مائه ، ولهذا كان له أن يتزوج مختلعته في عدتها .

وقد روى عن أحمد في الأمة التي لا يطؤها إذا أعتقها : لا يتزوجها بغير استبراء ، لأنه لو باعها لم تحل للمشترى بغير استبراء . والصحيح أنه يحل له ذلك ، لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين ، فكذلك بالنكاح ، كالتي كان يصيبها ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها ، ولم ينقل أنه كان أصابها . والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره ، لدخولها في العموم . ولأنها تحل لمن تزوجها سواه ، فله أولى . ولأنه لو استبرأها ثم أعتقها وتزوجها في الحال كان جائزاً حسناً ، فكذلك هذه ، فإنه تارك لوطئها ، ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ، ولا يوجد ذلك ههنا ، وكلام أحمد محمول على من اشتراها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها .

٦٣٧٥ فصـــــل

وإن اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها . وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب الرأي له ذلك . ويحكى أن الرشيد اشترى جارية فتاقت نفســه إلى جماعها قبل استبرائها ، فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها . قال أبو عبد الله : وبلغني أن المهدى اشترى جارية فأعجبته فقيل له : أعتقها وتزوجها . قال أبو عبد الله : سبحان الله ما أعظم هذا : أبطلوا الكتاب والسنة ، جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل ، فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا تعتد من أجل الحمل ، وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل ، ففرج يوطأ يشتريه ثم

---

(١) أخرجه البخارى عن أنس (ف) .

(٢) عن أبى موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين . رجل من أهل الكتاب آمن بنبيه وأدرك النبي ﷺ فآمن به واتبعه وصدقه فله أجران . وعبد مملوك أدى حق الله وحق سيده فله أجران . ورجل كانت له أمة فغذاها فأحسن غذاءها ثم أدبها فأحسن تأديبها وعلمها فأحسن تعليمها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران » أخرجه الشيخان وأحمد والترمذى والنسائى وابن ماجه (ف) .

يعتقها على المكان فيتزوجها فيطؤها ، يطؤها رجل اليوم ، ويطؤها الآخر غداً ، فإن كانت حاملا كيف يصنع ؟ هذا نقض الكتاب والسنة . قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ الحامل حتى تضع ، ولا غير الحامل حتى تحيض » . وهذا لا يدرى أهي حامل أم لا ؟ ما أسمج هذا ؟ قيل له : إن قوماً يقولون هذا . فقال : قبح الله هذا ، وقبح من يقوله . وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأحاديث كفاية ، مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل .

إذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها إذا لم يعتقها لأنها ممن يجب استبراؤها ، فلم يجز أن يتزوج كالمعتدة وسواء في ذلك المشتراة من رجل يطؤها أو من رجل قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبي والمرأة والمجبوب . وقال الشافعي : إذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها إذا أعتقها لأنها ليست فراشاً وقد كان لسيدها تزويجها قبل بيعها لجاز ذلك بعد بيعها . ولأنها لو عتقت على البائع بإعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحها فكذلك إذا أعتقها المشترى .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأنها أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها ، فحرم عليه تزويجها ، والتزوج بها ، كما لو كان بائعها يطؤها . فأما إن أعتقها في هذه الصورة فله تزويجها لغيره ، لأنها حرة لم تكن فراشاً ، فأبيح لها النكاح كما لو أعتقها البائع ، وفارق الموطوءة ، فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها إذا عتقت ، فحرم عليها النكاح كالمعتدة . وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها فإنه لم يكن له وطؤها بملك اليمين ، فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ، ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء ، فمنع منه بخلاف تزويجها لغيره .

٦٣٧٦ فصل

وإذا كانت أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء ، لأنها خرجت عن كونها فراشاً باستبرائه لها ، وإن باعها فأعتقها المشترى قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك ، وإن باعها قبل استبرائها فأعتقها المشترى قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها ، وإن مضى بعض الاستبراء في ملك المشترى لزمه إتمامه بعد عتقها ، ولا ينقطع بانتقال الملك فيها ، لأنها لم تصر فراشاً للمشترى ، ولم يلزمها استبراء بإعتاقه .

٦٣٧٧ فصل

وإذا كانت الأمة بين شريكين فوطئاها لزمها استبراءان . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : يلزمها استبراء واحد ، لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة ، وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد .

ولنا : أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ، ولأنهما اسـتبراءان من رجلين ، فأشبها العدتين . وماذكروه يبطل بالعدتين من رجلين .

٢٣٧٨ مســـألة

قال : ﴿ ومن ملك أمة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملـكه لهـا بحيضة إن كانت ممن تحيض ، أو بوضع الحمل إن كانت حاملا ، أو بمضى ثلاثة أشهر إن كانت من الآيسات ، أو من اللائى لم يحضن ﴾ .

وجملته : أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها ، بـكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ممن تحمل أو ممن لاتحمل . وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العـلم منهم مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال ابن عمر : لايجب استبراء البـكر ، وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل ، وهذا معلوم فى البـكر ، فلا حاجة إلى الاستبراء . وقال الليث : إن كانت ممن لايحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك وقال عثمان البتى : يجب الاستبراء على البائع دون المشترى ، لأنه لو زوجها لـكان الاستبراء على المزوج دون الزوج ، كذلك ههنا .

ولنا : ماروى أبو سعيد : أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير حامل حتى تحيض » رواه أحمد فى المسـند . وعن رويفع بن ثابت قال : « إننى لا أقول إلا ماسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم [سمعته] يقول : لايحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبى حتى يستبرئها بحيضة » . رواه أبو داود ، وفى لفظ قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر يقول : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماؤه زرع غيره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضة » رواه الأثرم ، ولأنه ملك جارية محرمة فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التى تحمل ، ولأنه سبب موجب للاستبراء ، فلم يفترق الحال فيـه بين البكر والثيب والتى تحمل ، والتى لا تحمل ، كالعدة قال أبو عبد الله قد بلغنى أن العذراء تحمل ، فقال له بعض أهل المجلس : نعم ، قد كان فى جيراننا ، وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعى .

وماذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبى ، أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره ، وماذكره البتى لايصح ، لأن الملك قد يكون بالسبى والإرث والوصية ، فلو لم يستبرئها المشترى أفضى إلى اختلاط المياه ، واشتباه الأنساب ، والفرق بين البيـع والتزويج أن النكاح لايراد إلا للاستمتاع ، فلا يجوز إلا فيمن تحل له ، فوجب أن يتقدمه الاستبراء ، ولهذا لايصح تزويج معتدة ، ولا مرتدة ، ولا مجوسية ،

ولا وثنية ، ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة ، والبيع يراد لغير ذلك ، فصح قبل الاستبراء ، ولهذا صح في هذه المحرمات ، ووجب الاستبراء على المشترى لما ذكرناه .

فأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقي تحريم قبلتهـا ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها ، وهو ظاهر كلام أحمد ، وفي أكثر الروايات عنه قال : تستبرأ وإن كانت في المهد . وروى عنه أنه قال إن كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ إذا كانت رضيعة ؟ وقال في رواية أخرى تستبرأ بحيضة إذا كانت ممن تحيض ، وإلا [ف] بثلاثة أشهر إن كانت ممن توطأ وتحبل ، فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ، ولا تحرم مباشرتها .

وهذا اختيار ابن أبي موسى ، وقول مالك ، وهو الصحيح ، لأن سبب الإباحة متحقق ، وليس على تحريمها دليل ، فإنه لا نص فيه ، ولا معنى نص ، لأن تحريم مباشرة الكبيرة إنما كان لكونه داعياً إلى الوطء المحرم ، أو خشية أن تكون أم ولد لغيره ، ولا يتوهم هـذا في هذه ، فوجب العمل بمقتضى الإباحة . فأما من يمكن وطؤها فلا تحل قبلتها ، ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء ، إلا المسبية على إحدى الروايتين . وقال الحسن : لايحرم من المشتراة إلا فرجها . وله أن يستمتع منها بما شاء مالم يمس ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نهى عن الوطء ، ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك ، فاختص بالفرج كالحيض .

ولنا : أنه استبراء يحرم الوطء ، فحرم الاستمتاع كالعدة ، ولأنه لايأمن من كونها حاملا من بائعها فتكون أم ولد ، والبيع باطلا : فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره . وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض .

فأما المسبية فظاهر كلام الخرقي تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة ، وهو الظاهر عن أحمد ، لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالعدة ، ولأنه داعية إلى الوطء المحرم ، لأجل اختلاط المياه واشتباه الأنساب . فأشبهت المبيعة . وروى عن أحمـد أنه لايحرم ، لما روى عن ابن عمر أنه قال : « وقع في سهمي يوم جَلُولَاءَ جارية كأن عنقها إبريق فضة ، فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها ، والناس ينظرون » . ولأنه لا نص في المسبية ، ولا يصح قياسها على المبيعة ، لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره ، ومباشراً لمملوكة غيره ، والمسبية مملوكة له على كل حال ، وإنما حرم وطؤها لئلا يسقى ماؤه زرع غيره . وقول الخرقي بعد تمام ملكه لها يعني أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشترى لجميعها ، ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها ، وإن ملكها ببيع فيـه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته فإن ، قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع ، وإن قلنا لاينتقل فابتداؤه من حين انقطع الخيار ، وإن كان المبيع معيباً فابتداء الخيار من حين البيع

لأن العيب لايمنع نقل الملك بغير خلاف ، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض ، أو من حين القبض ؟ فيه وجهان :

أحدهما : من حين البيع ، لأن الملك ينتقل به .

والثانى : من حين القبض ، لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع ، ولا يحصل ذلك مع كونها فى يده ، وإن اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت إلى السيد حلت له بغير استبراء ، لأن ملكه ثابت على مافى يد عبده فقد حصل استبراؤها فى ملكه ، وإن اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده فعليه استبراؤها لأن ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك على مافى يد مكاتبه ، إلا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب ، فقال أصحابنا : تباح للسيد بغير استبراء . لأنه يصير حكمها حكم المكاتب إن رق رقت ، وإن عتق عتقت ، والمكاتب عبد مابقى عليه درهم ، والاستبراء الواجب ههنا فى حق الحامل بوضعه بلا خلاف ، وفى ذات القروء بحيضة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال سعيد بن المسيب ، وعطاء : بحيضتين ، وهو مخالف للحديث الذى رويناه وللمعنى ، فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل ، وهو حاصل بحيضة ، وفى الآيسة والتى لم تحض والتى ارتفع حيضها بما ذكرناه فى أم الولد على مامضى من الخلاف فيه .

٦٣٧٩ فصـــــل

ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم مابقى من استبرائها لما مضى ، وإن استبرأها ثم أسلمت حلت له بغير استبرائها ، وقال الشافعى : لا تحل له حتى تجدد استبراءها بعد إسلامها ، لأن ملكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها .

ولنا : قوله عليه السلام : « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » وهذا ورد فى سبايا أوطاس وكن مشركات ولم يأمر فى حقهن بأكثر من حيضة ، ولأنه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة ، ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ، ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها ولم يوجد ، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقهما ، لزمه استبراؤها ، لأنه تجديد ملك ، سواء كان المشترى لها امرأة أو غيرها ، فإن كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشترى بالجارية ففيها روايتان :

إحداهما : عليه الاستبراء ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه تجديد ملك .

والثانية : ليس عليه استبراء ، وهو قول أبى حنيفة إذا تقايلا قبل القبض ، لأنه لا فائدة فى الاستبراء مع تعين البراءة .

٦٣٨٠ فصل

وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها ، ولكن إن طلقت بعد الدخول أو مات عنها فعليها العدة ، ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت المكاتبة حلت لسيدها بغير استبراء . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يجب عليه الاستبراء في هذا كله لأنه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة .

ولنا : أنه لم يتجدد ملكه عليها ، فأشبهت المحرمة إذا حلت ، والمرهونة إذا فكت ، فإنه لا خلاف في حلهما بغير استبراء ، ولأن الاستبراء شرع لمعنًى مظنته تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى .

٦٣٨١ فصل

وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء ، نص عليه أحمد ، وقال : هذه حيلة وضعها أهل الرأي ، لا بد من استبراء .

ووجه ذلك أن هذه تجدد الملك فيها ، ولم يحصل استبراؤها في ملكه ، فلم تحل بغير استبراء ، كما لو لم تكن مزوجة ، ولأن إسقاط الاستبراء ههنا ذريعة إلى إسقاطه في حق من أراد إسقاطه بأن يزوجها عند بيعها ، ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام .

فأما إن كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ، ولا يلزم المشتري استبراؤها ، لأن ذلك قد حصل بالعدة ، ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ، ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشاً له فأجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج .

وإن اشتراها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء ، لأنها لم تكن فراشاً لسيدها . وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء . وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين .

وقال القاضي المعتدة يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ، ولا يتداخلان ، لأنهما من رجلين ، ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا ، لأنه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ، ولا يوجد ذلك ههنا . ولا يصح قولهم إن الاستبراء من رجلين فإن السيد ههنا ليس له استبراء .

٦٣٨٢ فصل

وإن كانت الأمة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل أجزأه استبراء واحد ، لأنه يحصل به معرفة البراءة فإن قيل : فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين . قلنا : وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ،

ولذلك لو أعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء ، وقد وجد الوطء من اثنين ، فلزمها حكم وطئهما ، وفي مسألتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ، ولهـذا يجب على المشتري الاستبراء ، سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن ، والملك واحد ، فوجب أن يتجدد الاستبراء .

٦٣٨٣ فصـــل

وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة لم يلزمه استبراؤها لأنها فراش له ، فلم يلزمه استبراؤها من مائه ، لـكن يستحب ذلك ، ليعلم هل الولد من النـكاح فيـكون عليه ولاء له ، لأنه عتق بملـكه له ، ولا تصير به الأمة أم ولد ، أو هو حادث في ملك يمينه ، فلا يكون عليه ولاء ، وتصير به الأمة أم ولد ، ومتى تبين حملها فله وطؤها ، لأنه قد علم الحمل وزال الاشتباه .

٦٣٨٤ فصـــل

وإن وطيء الجارية التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحاله ، لأنه حق عليه ، فلا يسقط بعدوانه . فإن لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبنى على مامضى من الاستبراء ، وإن علقت منه فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ، ولا يحل له الاستمتاع منها[1] في حال حملها ، لأنه لم يستبرئها وإن وطئها وهي حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير البائع ، فمتى وضعت حملها انقضى استبراؤها[2] . قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري ، ولا يتبعه ، ولـكن يعتقه ، لأنه قد شرك فيه ، لأن الماء يزيد في الولد[3] .

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة مُجِحٍّ[4] على باب فُسْطَاط فقال : « لعله يريد أن يلم بها » فقالوا نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره كيف يُوَرِّثُه وهو لا يحل له ، أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له[5] » ؟ ومعناه أنه إن استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له ، لأنه ليس بولده وإن اتخذه مملوكا لم يحل له لأنه قد شرك فيه ، لـكون الوطء يزيد في الولد ، وعن ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وطء الحبالى حتى يضعن مافي بطونهن » رواه النسائي والترمذي .

---

(١) في ٣٩ : بها . (٢) في ١٨ : حصل استبراؤها .

(٣) ثبت أن الجنين يتـكون من تآلف نصف الخلية الذكرية ، ونصف خلية الأنثى ، وأن غذاءه من دم الأم ، فلا دخل للماء فيه . أما حديث : « فلا يسقى ماؤه زرع غيره » . فعلى المجاز .

(٤) هي المرأة الحبلى التي قد قاربت الولادة .

(٥) في رواية أبي داود الطيالسي « وكيف يسترقه وهو لايحل له » .

٦٣٨٥ فصل

ومن أراد بيع أمته فإن كان لايطؤها لم يلزمه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشترى وأقطع للنزاع . قال أحمد وإن كانت لامرأة فإنى أحب ألا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها ، وإن كان يطؤها وكانت آيسه فليس عليه استبراؤها لأن انتفاء الحمل معلوم ، وإن كانت ممن تحمل وجب عليه استبراؤها وبه قال النخعى والثورى . وعن أحمد رواية أخرى : لايجب عليه استبرؤها وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى . لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها . ولأن الاستبراء على المشترى ، فلا يجب على البائع ، فإن الاستبراء فى حق الحرة آكد ، ولا يجب قبل النكاح ، وبعده كذلك لا يجب فى الأمة قبل البيع وبعده .

ولنا : أن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ، فروى عبد الله بن عبيد بن عمير قال : باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها[1] قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذى اشتراها فخاصموه إلى عمر فقال له عمر كنت تقع عليها ؟ قال نعم ، قال فبعتها قبل أن تستبرئها ؟ قال نعم ، قال ما كنت لذلك بخليق قال فدعا القافة فنظروا إليه فألحقوه به ولأنه يجب على المشترى الاستبراء لحفظ مائة فكذلك البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك فى صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال ، فإن خالف وباع فالبيع صحيح فى الظاهر ، لأن الأصل عدم الحمل ، ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع فى الأمة التى باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به ، ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج إلى ذلك ، وذكر أصحابنا الروايتين فى كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها ، والأولى أن ذلك لايجب فى الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والأصل عدمه فلا نثبت به حكماً بمجرده .

٦٣٨٦ فصل

وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة . أحدها : أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله ، وأتت بولد لدون ستة أشهر ، أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشترى ، فإن الولد يكون للبائع ، والجارية أم ولد له والبيع باطل .

الحال الثانى : أن يكون أحدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشترى ، فالولد للمشترى ، والجارية أم ولد له .

الحال الثالث : أن تأتى به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ، ولأقل من ستة أشهر

---

(١) فى ٣٩ : كان يطؤها .

منذ وطئها المشترى ، فلا يلحق نسبه بواحد منهما ، ويـكون ملـكا المشترى ، ولايملك فسخ البيع ، لأن الحمل تجدد فى ملـكه ظاهراً ، فإن ادعاه كل واحد منهما فهو المشـترى ، لأنه ولد فى ملـكه ، مع احتمال كونه منه ، وإن ادعاه البائع وحده فصدقه المشترى لحقه ، وكان البيع باطلا ، وإن كذبه فالقول قول المشترى فى ملك الولد ، لأن الملك انتقل إليه ظاهراً ، فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه ، كما لو أقر بعد البيع أن الجـارية مغصوبة أو معتقـة . وهل يثبت نسب الولد من البائع ؟ فيـه وجهـان .

أحدهما : يثبت ، لأنه نفـع للولد من غير ضرر على المشـترى ، فيقبـل قوله فيه كما لو أقر لولده بمـال .

والثانى : لايقبل ، لأن فيه ضرراً على المشترى فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه منه ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما أنه أخو صاحبه لم يقبل إلا ببينة .

الحال الرابع : أن تأتى به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشترى قبل استبرائها ، فنسبه لاحق[1] بالمشترى فإن ادعاه البائع فأقر له المشترى لحقه وبطل البيع . وإن كذبه فالقول قول المشترى ، وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة ، فألحق بمن ألحقته به ، لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأنه يحتمل كونه من كل واحد منهما ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما ، وينبغى أن يبطـل البيع ، وتـكون أم ولد للبائع ، لأننا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها .

الحال الخامس : إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ، ولم يـكن أقر بوطئها ، فالبيع صحيح فى الظاهر ، والولد مملوك المشترى ، فإن ادعاه البائع فالحـكم فيه كما ذكرنا فى الحال الثالث سواء .

٦٣٨٧ مســـــألة

قال : ﴿ وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب ، والزينة ، والبيتوتة فى غير منزلها ، والـكحل بالإثمد ، والنقاب ﴾ .

هذا يسمى الإحداد[2] ولانعلم بين أهل العـلم خلافاً فى وجوبة على المتوفى عنهـا زوجها إلا عن الحسن ، فإنه قال : لايجب الإحداد ، وهو قول شذ به عن أهل العلم ، وخالف به السنة ، فلا يعرج عليه، ويستوى فى وجوبه الحرة ، والأمة ، والمسلمة ، والذمية ، والـكبيرة ، والصغيرة وقال أصحاب الرأى : لا إحداد على ذمية ، ولا صغيرة ، لأنهما غير مـكلفتين .

---

(١) فى ١٨ : يلحق . (٢) فى ٣٩ : الحداد .

ولنـا : عموم الأحاديث التي سنذكرها ولأن غير المـكلفة تساوى المـكلفة فى اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وإنمـا يفترقان فى الإثم فـكذلك الإحداد ولأن حقوق الذمية فى النـكاح كحقوق المسلمة فـكذلك فيما عليهـا .

٦٣٨٨ فصـــــل

ولا إحداد على غير الزوجات كأم الولد إذا مات سيدها قال ابن المنذر لا أعلمهم يختلفون فى ذلك وكذلك الأمة التي يطؤها سيدها إذا مات عنها ولا الموطوءة بشبهة والمزنى بها لقول النبي صلى الله عليه وسلم[1] « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه لأنها فى حكم الزوجات لها أن تتزين لزوجهـا وتستشرف له ليرغب فيها وتتفق عنده كما تفعل فى صلب النكاح ولا إحداد على المنـكوحة نـكاحاً فاسداً لأنها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له ويحل لها فتحزن على فقده .

٦٣٨٩ فصـــــل

وتجتنب الحادة ما يدعو إلى جماعها ويرغب فى النظر إليها ، ويحسنها ، وذلك أربعة أشياء .

٦٣٩٠ أحـــدها

الطيب ، ولا خلاف فى تحريمه عند من أوجب الإحداد لقول النبي صلى الله عليه وسـلم : « لا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بِنُبْذَةٍ من قُسْطٍ[2] أو اظفَارٍ » . متفق عليه . وروت زينب بنت أم سلمة قالت دخلت على أم حَبِيبَةَ زوجِ النبي صلى الله عليه وسلم حين توفى أبوها أبو سفيان، فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره[3] فدهنت منه[4] جاريةً ثم مست بعارضها[5] ثم قالت والله مالى

---

(١) سبق تخريجه أول كتاب العدد .

(٢) النبذة : بضم النون وسكون الباء وهى القطعة والشيء اليسـير ، والقسط بضم القاف وسـكون السين ويقال : الـكسط ، والـكست : نوع من البخور وكذلك الأظفار نوع منها وليسا من مقصود الطيب خص فيه للمغتسلة من الحيض لإزالة الرائحة الـكريهه تتبع به أثر الدم لا للتطيب .

ورواية (قسط أو أظفار) أصوب من رواية (قسط أظفار) بالإضافه وقد خطأها عياض (ف)

(٣) برفع (خلوق) وبرفع (غيره) أى دعت بصفرة وهى خلوق أوغيره والخلوق : طيب مخلوط(ف)

(٤) دهنت منه جارية : طلتها من ذلك الطيب تقليلا لمـا فى يديها (ف)

(٥) المروى (بعارضيها) وهما جانبا الوجه فوق الذقن إلى ما دون الأذن وإنمـا فعلت هذا لدفع صورة الإحداد (ف)

بالطيب من حاجة ، غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » متفق عليه ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة . ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه ، لأنه استعمال للطيب ، فأما الإدهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به ، لأنه ليس بطيب .

٦٣٩١ الثـــانى

اجتناب الزينة وذلك واجب فى قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك ، وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام :

٦٣٩٢ أحـــدها

الزينة فى نفسها فيحرم عليها أن تختضب ، وأن تحمر وجهها بالكلكون[1] وأن تبيضه باسفيذاج[2] العرايس ، وأن تجعل عليه صبراً[3] يصفره ، وأن تنقش وجهها ويديها ، وأن تحفف[4] وجهها ، وما أشبهه مما يحسنها ، وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة ، وذلك لما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المُعَصْفَرَ[5] من الثياب ولا المُمَشَّق[6] ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل » رواه النسائى وأبو داود وروت أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنه تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها ، بنبذة من قسط أو اظفاره » متفق عليه .

وعن أم سلمة قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : « يا رسول الله إن ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا . مرتين

---

(١) الكلكون : غمرة من لك ، وأسفيداج ، و (لك) صمغ نبات هندى كما فى تذكرة داود ج ١ ص ٢٥١ ، ٢٦٠ (ف)

(٢) فى النسخ (اسفيذاج) بالذال المعجمة ، والصواب (اسفيداج) بالدال المهملة كما فى تذكرة داود ج ١ ص ٤١ ومفاتيح العلوم للخوارزمى ص ١٤٩ معرب من الفارسية : وهو بياض الرصاص ف

(٣) صبر : بفتح فكسر أو سكون وقد تكسر الصاد عصارة شجر مر (ف)

(٤) تحفيف الوجه : نزع الشعر منه (ف)

(٥) المعصفر من الثياب : المصبوغ بالعصفر بضم العين والفاء وهو صبغ أصفر اللون (ف)

(٦) الممشق : المصبوغ بالمشق بكسر الميم وهو طين أحمر (ف)

أو ثلاثا » متفق عليه ، وروت أم سلمة قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على عينى صبراً فقال : ماذا يا أم سلمة ؟ قلت : إنما هو صبر ليس فيه طيب . قال : إنه يشب الوجه[١] لا تجعليه إلا ، بالليل وتنزعينه[٢] بالنهار ، ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء ، فإنه خضاب . قال : قلت فبأى شيء أمتشط ، قال : بالسِّدْر تغلفين[٣] به رأسك » ، ولأن الكحل من أبلغ الزينة ، تدعو إليها وتحرك الشهوة ، فهى كالطيب وأبلغ منه .

وحكى عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تكتحل ، وهو مخالف للخبر والمعنى فإنه يزينها ويحسنها ، وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالأثمد للتداوى فلها أن تكتحل ليلا ، وتمسحه نهاراً ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء ، والنخعى ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، لما روت أم حكيم بنت أسيد[٤] عن أمها أن زوجها توفى وكانت تشتكى عينيها فتكتحل بالجلاء ، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجِلَاء[٥] فقالت : لاتكتحلى إلا لما لابد منه ، يشتد[٦] عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار رواه أبو داود والنسائى .

وإنما منع من الكحل بالأثمد لأنه الذى تحصل به الزينة ، فأما الكحل بالتوتيا[٧] والعنزروت[٨] ونحوهما فلا بأس به لأنه لازينة فيه ، بل يقبح العين ويزيدها مَرَهاً[٩] ، ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لأنه إنما منع منه فى الوجه لأنه يصفره فيشبه الخضاب ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم أنه يشب الوجه ، ولا تمنع من التنظيف بتقليم . الأظفار ونتف الإبط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب .

٦٣٩٣ القسم الثانى

زينة الثياب . فتحرم عليها الثياب المصبغة[١٠] للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافى ، والأخضر الصافى ، والأصفر ، فلا يجوز لبسه لقول النبى ﷺ : « لا تلبس

(١) يشب الوجه : يوقده حسناً (ف)
(٢) زيادة (تنزعينه بالنهار) فى أبى داود وليست فى النسائى (ف)
(٣) الغلاف فى الأصل الشاوة وتغليف الرأس أن يجعل عليه من السدر ونحوه مايشبه الغلاف (ف)
(٤) فى النسخ (أسد) والصواب (أسيد) كما فى النسائى ج ١ ص ٢٠٤ وأبى داود ج ١ ص ٥٢٨ (ف)
(٥) الجلاء بكسر الجيم وفتحها . والمد : الإثمد لجلوه البصر (ف)
(٦) زيادة (يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار) فى أبى داود وليست فى النسائى (ف)
(٧) التوتيا : حجر يكتحل به (ف) (٨) العنزروت هو الانزروت . كحل فارس (ف)
(٩) يقال مرهت عينه : فسدت وابيضت بواطن أجفانه (ف)
(١٠) فى ١٨ و ٣٩ : المصبوغة .

ثوباً مصبوغا » وقوله : « لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق » فأما مالا يقصد بصبغه حسنه كالكحلى والأسود والأخضر المشبع فلا تمنع منه ، لأنه ليس بزينة وماصبغ غزله ثم نسج ، فيه احتمالان .

أحدهما : يحرم لبسه لأنه أرفع وأحسن ولأنه مصبوغ للحسن ، فأشبه ما صبغ بعد نسجه .

والثانى : لا يحرم ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث أم سلمة « إلا ثوب عصب » وهو ماصبغ غزله قبل نسجه ، ذكره القاضى ، ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسناً من الثياب غير مصبوغ ، والأول أصح وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب ، قال صاحب الروض الأنف والورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان إلا به ، فأرخص النبى صلى الله عليه وسلم للحادة فى لبس ما صبغ بالعصب لأنه فى معنى ماصبغ لغير التحسين . وأما ماصبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة ، وإن كان رقيقاً ، سواء كان من قطن ، أو كتان ، أو إبريسم ، لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها .

٦٣٩٤ القسم الثالث

الحلى . فيحرم عليها لبس الحلى كله حتى الخاتم ، فى قول عامة أهل العلم لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولا الحلى » ، وقال عطاء : يباح حلى الفضة دون الذهب ، وليس بصحيح ، لأن النهى عام ، ولأن الحلى يزيد حسنها ويدعو إلى مباشرتها قالت امرأة :

وما الحَلْيُ إلا زِينةٌ لنقيصة تُتَمِّمُ مِنْ حُسْنٍ إذا الحسن قَصَّرا

٦٣٩٥ فصـــل

والثالث : مما تجتنبه الحادة النقاب وما فى معناه ، مثل البرقع ونحوه ، لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة ، والمحرمة تمنع من ذلك ، وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة .

٦٣٩٦ فصـــل

والرابع : المبيت فى غير منزلها ، وممن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد فى منزلها : عمر ، وعثمان ، رضى الله عنهما . وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن مسعود ، وأم سلمة . وبه يقول مالك ، والثورى ، والأوزاعى ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وإسحاق . وقال ابن عبد البر : وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار بالحجاز ، والشام ، والعراق ، ومصر . وقال جابر بن زيد : والحسن ، وعطاء : تعتد حيث شاءت . وروى ذلك عن على ، وابن عباس ، وجابر ، وعائشة ، رضى الله عنهم . قال ابن عباس : نسخت هذه الآية . عدتها عند أهله وسكنت فى وصيتها وإن شاءت خرجت لقول الله تعالى : (فإنْ

خَرَجْنَ فلاجُنَاحَ عَلَيْـكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فى أَنْفُسِهِنَّ)(١) . قال عطـاء : ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت . رواهما أبو داود .

ولنا : ماروته فُرَيْعَةَ بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدرى « أنهـا جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن زوجها خرج فى طلب أعبدله فقتلوه بطَرَف القَدُوم(٢) فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجـع إلى أهـلى فإن زوجى لم يتركنى فى مسكن يملـكه ولا نفقة ، قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : نعم . قالت : فخرجت حتى إذا كنت فى الحجرة أو فى المسجـد دعانى أو أمر بى ، فدعيت له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف قلت ؟ فرددت عليه القصة ، فقال : امكثى فى بيتك حتى يبلغ الـكتاب أجـله . فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً ، فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلىّ فسألنى عن ذلك ، فأخـبرته ، فاتبعه وقضى به » رواه مالك(٣) فى موطئه ، والأثرم ، وهو حديث صحيح قضى به عثمان فى جماعة من الصحابة فلم ينكروه .

إذا ثبت هذا فإنه يجب الاعتداد فى المنزل الذى مات زوجها وهى ساكنة به ، سـواء كان مملوكاً لزوجها أو بإجارة أو عارية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفريعة : « امكثى فى بيتك » ، ولم تـكن فى بيت يملـكه زوجها ، وفى بعض ألفاظه : « اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه نعى زوجك » وفى لفظ « اعتدى حيث أتاك الخبر » فإن أتاها الخبر فى غير مسكنها رجعت إلى مسكنها فاعتدت فيه . وقال سعيد ابن المسيب والنخعى : لا تبرح من مكانها الذى أتاها فيه نعى زوجها ، اتباعاً للفظ الخبر الذى رويناه .

ولنا : قوله عليه السـلام : « امـكثى فى بيتك » ، واللفظ الآخر قضية فى عين ، والمراد به هـذا ، فإن قضايا الأعيان لا عموم لها ، ثم لا يمكن حمله على العموم ، فإنه لا يلزمها الاعتداد فى السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهى فيها .

٦٣٩٧ فصـــل

فإن خافت هدماً أو غرقاً أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لـكونه عارية رجع فيهـا ، أو بإجارة انقضت مدتها ، أو منعها السكنى تعدياً ، أو امتنع من إجارته ، أو طلب به أكثر من أجرة المثل ، أو لم تجد ما تـكترى به ، أو لم تجد إلا من مالها ، فلها أن تنتقل ، لأنها حال عـذر ، ولا يلزمها بذلك أجر المسكن ، وإنما الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن(٤) . وإذا تعذرت السكنى سقطت ولها أن تسكن حيث شاءت . ذكره القاضى . وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى أقرب مايمـكنها النقلة

(١) سورة البقرة آية ٢٤٠ (٢) القدوم بفتح القاف ودال مهملة مضمومة تشدد وتخفف ـ موضع على ستة أميال من المدينة (ف) (٣) وأخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجه (ف)
(٤) فى ٣٩ : لاتحصيل أجر المسكن .

إليه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه أقرب إلى موضع الوجود ، فأشبه من وجبت عليه، الزكاة فى موضع لايجد فيه أهل السهمان ، فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يجدهم فيه .

ولنا : أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلايجب ، كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط ، والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف فى المسجد . ولأن ماذكروه إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص ، فإن معنى الاعتداد فى بيتها لايوجد فى السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان ، فإن القصد نفع الأقرب ، وفى نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب ، فوجب لذلك .

٦٣٩٨ فصـــل

قال أصحابنا : ولاسكنى المتوفىعنها إذا كانت حائلا رواية واحدة . وإن كانت حاملا فعلىروايتين وللشافعى فى سكنى المتوفىعنها قولان : وجه الوجوب قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ)[1] فنسخ بعض المدة وبقى باقيها على الوجوب ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر فريعة بالسكنى فى بيتها من غير استئذان الورثة . ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف فى شيء من مال زوجها بغير إذنهم .

ولنا : أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة والمسكن من التركة ، فوجب ألا يستحق منه أكثر من ذلك ولأنها بائن من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثاً . وأما إذا كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلأنها حامل من زوجها فوجب لها السكنى قياساً على المطلقة . فأما الآية التى احتجوا بها فإنها منسوخة . وأما أمر النبى صلى الله عليه وسلم فريعة بالسكنى فقضية فى عين يحتمل أنه عليه السلام علم أن الوارث يأذن فى ذلك أو يكون الأمر يدل على وجوب السكنى عليها ويتقيد ذلك بالإمكان وإذن الوارث من جملة مايحصل الإمكان به .

فإذا قلنا لها السكنى فهى أحق بسكنى المسكن الذى كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع فى دينه بيعاً يمنعها السكنى فيه حتى تقضى العدة . وبهذا قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور العلماء وإن تعذر المسكن فعلى الوارث أن يكترى لها مسكناً من مال الميت فإن لم يفعل أجبره الحاكم ، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر كما ذكرنا وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالىلأنها تجب للعدة والعدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز اتفاقهما على إبطالها بخلاف سكنى النكاح فإنها حق لهما ولأن السكنى ههنا من الإحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائرخصال الإحداد ، وليس لهم أن يخرجوها إلا أن تأتى بفاحشة مبينة لقول الله تعالى : « لاتُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ »[1] وهى أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم

(١) سورة الطلاق آية ١

بالسب ونحوه . روى ذلك عن ابن عباس وهو قول الأكثرين . وقال ابن مسعود والحسن : هى الزنا لقول الله تعالى : « واللاَّتِي يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ »[1] وإخراجهن هو الإخراج لإقامة حد الزنا ثم ترد إلى مكانها .

ولنا : أن الآية تقتضى الإخراج عن السكنى وهذا لا يتحقق فيما قالاه ، وأما الفاحشة فهى اسم للزنا وغيره من الأقوال الفاحشة . يقال أفحش فلان فى مقاله ، ولهذا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قالت له عائشة « يارسول الله قلت لفلان بئس أخو العشيرة فلما دخل ألنت له القول فقال : ياعائشة إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش »[2] .

إذا ثبت هذا فإن الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم ، فإن كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غيره فى الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها ، وقال بعض أصحابنا ينتقلون هم عنها لأن سكناها واجب فى المكان وليس بواجب عليهم ، والنص يدل على أنها تخرج ، فلا يعرج على ماخالفه ولأن الفاحشة منها فكان الإخراج لها ، وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوا هم دونها فإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولأن الذنب لهم فيخصون بالإخراج . وإن كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه لزمها الاعتداد به .

وإن أبى أن يسكنها إلا بأجرة وجب بذلها من مال الميت ، إلا أن يتبرع إنسان ببذلها ، فيلزمها الاعتداد به ، فإن حولها صاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن ، لأنه حق لها يقدم على الميراث ، فإن اختارت النقلة عن هذا المسكن الذى ينقلونها إليه فلها ذلك ، لأن سكناها به حق لها وليس بواجب عليها ، فإن المسكن الذى كان يجب عليها السكنى به هو الذى كانت تسكنه حين موت زوجها ، وقد سقطت عنها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذى كانت به لأبويها أو لأحدهما أو لغيرهم ، وإن كانت تسكن فى دارها فاختارت الإقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز ، ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبتها ، وإن طلبت أن تسكنها غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك ، لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم إسكانها .

٦٣٩٩ فصل

فأما إذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة بإسكانها فى مسكن زوجها أو السلطان أو أجنبى لزمها الاعتداد به وإن منعت السكنى به أو طلبوا منها الأجرة فلها أن تنتقل عنه إلى غيره كما ذكرنا فيما إذا

(١) سورة النساء آية ١٥ (٢) أخرجه البخارى وغيره .

أخرجها المؤجر عند انقضاء الإجارة وسواء قدرت على الأجرة أو عجزت عنها لأنه إنما تلزمها السكنى لا تحصيل المسكن ، وإن كانت فى مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكناً آخر لم تلزمها السكنى وكذلك إن أخرجت من المسكن الذى هى به[1] أو خرجت لأى عارض كان لم تلزمها السكنى فى موضع معين سواه سواء بذله الورثة أو غيرهم لأنها إنما يلزمها الاعتداد فى بيتها الذى كانت فيه لا فى غيره وكذلك إذا قلنا لها السكنى فتعذر سكناها فى مسكنها وبذل لها سواه وإن طلبت مسكناً سواه لزم الورثة تحصيله بأجرة أو بغيرها إن خلف الميت تركة تفى بذلك ويقدم ذلك على الميراث لأنه حق على الميت فأشبه الدين فإن كان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لأن حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً تسكنه وكذلك الحكم فى المطلقة إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فإنها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء إذا كانت حاملا .

فإن قيل : فهلا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق ؟ قلنا : لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالا لإنسان أو جنى عليه ، وإن مات وهى فى مسكنه لم يجز إخراجها منه لأن حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدماً كحق المرتهن ، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم يجز ، لأنها إنما تستحق السكنى إذ كانت حاملا ، ومدة الحمل مجهولة ، فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة ، وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضربها فى السكنى لم يكن لهم ذلك ، وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لأنه لاضرر عليها فيه .

٦٤٠٠ فصـــــل

وإذ قلنا إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فإنها تضرب بمدة عادتها فى وضع الحمل إن كانت حاملا ، وإن كانت مطلقة من ذوات القروء وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عادتها فى القروء ، فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء ، وهو تسعة أشهر للحمل ، وثلاثة أشهر لكل قرء شهر ، أو بما بقى من ذلك إن كان قد مضى من مدة حملها شىء لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر بما يحصل لها مكاناً تسكنه ، وإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت وإن كانت المدة أقل مما ضربت به مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت ثلاثة قروء فى شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه ، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها فى عام أو رأت ثلاثة قروء فى نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها

(١) فى ٣٩ : التى هى فيه .

فى صورة النقص ويحتمل ألا ترجع به ويـكون فى ذمة زوجهـا لأننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تـكن لها الزيادة عليه .

٦٤٠١ فصـــــل

والمعتدة الخروج فى حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها لما روى جابر قال « طلقت خالتى ثلاثاً فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : اخرجى فجذى نخلك لعلك أن تتصدقى منه أو تفعلى خيراً » رواه النسائى وأبو داود . وروى مجاهـد قال[1] « استشهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن يارسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا ، فإذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تحدثن عند إحداكن حتى إذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة إلى بيتها » وليس لها المبيت فى غير بيتها ولا الخروج ليلا إلا لضرورة لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء مايحتاج إليه وإن وجب عليها حق لايمكن استيفاؤه إلا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث إليهـا الحاكم من يستوفى الحق منها فى منزلها ، وإن كانت برزة[2] جاز إحضارها لاستيفائه فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

٦٤٠٢ فصـــــل

والأمة كالحرة فى الإحداد والاعتداد فى المنزل إلا أن سـكناها فى العدة كسكناها فى حياة زوجها للسيد إمساكها نهاراً وإرسالها ليلا فإن أرسلها ليلا ونهاراً اعتدت زمانهـا كله فى المنزل وعلى الورثة سكناها فيهما كالحرة سواء .

٦٤٠٣ فصـــــل

والبدوية كالحضرية فى الاعتداد فى منزلها الذى مات زوجها وهى ساكنة فيه فإن انتقلت الحلة انتقلت معهم لأنها لايمـكنها المقام وحدها ، وإن انتقل غير أهلها لزمها المقام معهم وإن انتقل أهلهـا انتقلت معهم إلا أن يبقى من الحلة من لاتخاف على نفسها معهم فتـكون مخيرة بين الإقامة والرحيل وإن هرب أهلها فخافت هربت معهم وإن أمنت أقامت لقضاء العدة فى منزلها .

---

(١) أخرجه الشافعى وعبد الرزاق عن مجاهد مرسلا . ف

(٢) برزة : كهلة لاتحتجب احتجاب الشواب . ف

٦٤٠٤ فصـــــل

فإن مات صاحب السفينة وامرأته فى السفينة ولها مسكن فى البر فحكمها حكم المسافرة فى البر على ماسنذكره وإن لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد به فإن كانت ضيقة وليس معها محرمها أو لا يمكنها الإقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها إلى موضع سواها .

٦٤٠٥ مســـــألة

قال : ﴿ والمطلقة ثلاثاً تتوقى الطيب والزينة والكحل بالإثمد ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد فى وجوب الإحداد على المطلقة البائن فمنه يجب عليها وهو قول سعيد ابن المسيب وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى . والثانية : لا يجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الإحداد إنما يجب فى عدة الوفاة ، ولأنها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولأن الإحداد فى عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته ، فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فإن زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفى ولدها إذا كان من غيره .

ووجه (الرواية)[1] الأولى : أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لأن العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه ، ويخرج على هذا الرجعية فإنها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة ، فأما الحديث فإنما مدلوله تحريم الإحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به . ولهذا جاز الإحداد ههنا بالإجماع ، فإذا قلنا يلزمها الإحداد لزمها شيئان توقى الطيب والزينة فى نفسها على ماقدمنا فيها ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد فى غير منزلها ولذلك أمر النبى صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم على ماسنذكره إن شاء الله تعالى .

٦٤٠٦ فصـــــل

وإذا كانت المبتوتة حاملا وجب لها السكنى رواية واحدة . ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فيه . وإن لم تكن حاملا ففيها روايتان :

---

(١) سقطت من ٣٩ .

إحداها : لايجب لها ذلك وهو قول ابن عباس وجابر ، وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو ابن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبو ثور وداود .

والثانية : يجب لها ذلك وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى : « لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بيوتِهِنَّ ولا يخرجْنَ إلا أنْ يأتِينَ بِفَاحِشَةٍ »[1] وقال تعالى « أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ولا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عليهِنَّ وإن كُنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فأنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »[2] . فأوجب لهن السكنى مطلقاً ، ثم خص الحامل بالإنفاق عليها .

ولنا : ماروت فاطمة بنت قيس : « أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شيء . فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : ليس لك عليه نفقة ولاسكنى ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك — ثم قال — إن تلك امرأة يغشاها أصحابي ، اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » . متفق عليه ، فإن قيل : فقد أنكر عليها عمر وقال : « ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لاندري أصدقت أم أم كذبت ؟ » وقال عروة : « لقد عابت عائشة ذلك أشدَّ العيبِ وقال[3] : إنها كانت في مكان وَحْشٍ[4] نخيف على ناحيتها » وقال سعيد بن المسيب : « امرأة فتنت الناس ، إنها كانت[5] لِسَنَةً ، فوُضِعَتْ على يدي ابن أم مكتوم الأعمى » .

قلنا : أما مخالفة الكتاب فإن فاطمة لما أنكروا عليها قالت : بيني وبينكم كتاب الله : قال الله تعالى « لاَتَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً »[6] فأي أمر يحدث بعد الثلاث ؟ » . فكيف

---

(١) سورة الطلاق آية ١ . (٢) سورة الطلاق آية ٦ .

(٣) في ١٨ : وقالت . (٤) في ٣٩ : موحش . وحش . . . بفتح الواو وسكون الحاء أي خلاء لاساكن به وقد روى كلام عائشة أبو داود وابن ماجة ، والبخاري تعليقاً . ف

(٥) كانت لسنة : أي طويلة اللسان ، وقد بين ابن المسيب ذلك في رواية أخرى أصرح ، تلك امرأة استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها عليه الصلاة والسلام أن تنتقل ، وهذه الرواية ورواية المغني كلاهما في سنن أبي داود .

ويستفاد من كلام عائشة وكلام سعيد بن المسيب أنه اختلف في سبب انتقالها ، فعائشة ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لها في الانتقال لأنها كانت في مكان وحش ، وسعيد يرى أنها أمرت بالانتقال لطول لسانها . ف

(٦) سورة الطلاق آية ١ .

فـكيف تقولون لا نفقة لها ، إذا لم تـكن حاملا فعلام تحبسونها ؟ فـكيف تحبس امرأة بغير نفقة ؟ وأما قولهم : إن عمر قال : لا ندع كتاب ربنا فقد أنـكر أحمد هذا القول عن عمر ، قال : ولـكنه قال : لا نجيز في ديننا قول امرأة ، وهذا مجمع على خلافه ، وقد أخذنا بقول فُرَيْعَةَ وهى امرأة ، وبرواية عائشة ، وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم . فى كثير من الأحكام ، وصار أهل العلم إلى خبر فاطمة هذا فى كثير من الأحكام ، مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تـكن حاملا ، و نظر المرأة إلى الرجال ، وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تـكن سكنت إلى الأول .

وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء ، فإنها تخالفهم فى ذلك . وهى أعلم بحالها ، ولم يتفق المتأولون على شيء . وقد رد على من رد عليها فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب لما قال : تلك امرأة فتنت الناس : لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله صلى الله عليه وسلم مافتنت الناس ، وإن لنا فى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة ، مع أنها أحرم الناس عليه ، ليس له عليها رجعة ، ولا بينهما ميراث ، وقول عائشة : « إنها كانت فى مكان وحش » لا يصح ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم علل بغير ذلك ، فقال : « ياابنة آل قيس ، إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة » . هكذا رواه الحميدى ، والأثرم . ولأنه لو صح ماقالته عائشة أو غيرها من التأويل مااحتاج عمر فى رده (إلى)[1] أن يعتذر بأنه قول امرأة ، ثم فاطمة صاحبة القصة ، وهى أعرف بنفسها وبحالها، وقد أنـكرت على من أنـكر عليها ، وردت على من رد خبرها أو تأوله بخلاف ظاهره ، فيجب تقديم قولها لمعرفتها بنفسها ، وموافقتها ظاهر الخبر ، كما فى سائر ماهذا سبيله .

٦٤٠٧ ـ فصـــــل

قال أصحابنا : ولا يتعين الموضع الذى تسكنه فى الطلاق ، سواء قلنا : لهـا السكنى ، أو لم نقل ، بل يتخير الزوج بين إقرارها فى الموضع الذى طلقها فيه ، وبين نقلها إلى مسكن مثلها ، والمستحب إقرارها لقوله تعـالى : « لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ »[2] . ولأن فيه خروجاً من الخلاف ، فإن الذين ذكرنا عنهم أن لها السكنى يرون وجوب الاعتداد عليها فى منزلها فإن كانت فى بيت يملك الزوج سكناه ويصلح لمثلها اعتدت فيه ، فإن ضاق عنهما انتقل عنها ، وتركه لها ، لأنه يستحب سكناها فى الموضع الذى طلقها فيه . وإن اتسع الموضع لها وفى الدار موضع لها منفرد ، كالحجرة ، أو علو الدار أو سفلها ، وبينهما باب مغلق ، سكنت فيه ، وسـكن الزوج فى الباقى ، لأنهما

(١) فى النسخ المطبوعة (إلا) والصواب (إلى) كما أثبتناه وهو فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٤١ ف
(٢) سورة الطلاق آية ١ .

كالحجرتين المتجاورتين . وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تتستر فيه ، بحيث لا يراها ، ومعها محرم تتحفظ به جاز ، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ، ويكره في الجملة ، لأنه لا يؤمن النظر ، وإن لم يكن معها محرم لم يجز . لقول النبي صلى الله عليه وسلم[1] : « لا يخلونّ رجل بامرأة ليست له بمحرم ، فإن ثالثهما الشيطان » . وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم ، فإن كان الحاكم معدوماً رجعت على الزوج ، وإن كان الحاكم موجوداً فهل ترجع ؟ على روايتين وإن كان الزوج حاضراً ولم يمنعها من المسكن فاكترت لنفسها موضعاً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع بالأجرة ، لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد . وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرته أو غيبته ، أو امتنع من ذلك مع قدرته ، سكنت حيث شاءت ، وكذلك المتوفى عنها زوجها ، إذا لم يسكنها ورثته ، لأنه إنما تلزمها السكنى في منزله لتحصين مائه ، فإذا لم تفعل لم يلزمها ذلك .

٦٤٠٨ مســـــألة

قال ﴿ وإذا خرجت إلى الحج فتوفى عنها زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي العدة ، فإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها ، فإن رجعت وقد بقي من عدتها شيء أتت به في منزلها ﴾ .

وجملته : أن المعتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج إلى الحج ، ولا إلى غيره ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، رضي الله عنهما . وبه قال سعيد بن المسيب ، والقاسم ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، والثوري . وإن خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت إن كانت قريبة ، لأنها في حكم الإقامة . وإن تباعدت مضت في سفرها . وقال مالك : تردّ مالم تحرم . والصحيح : أن البعيدة لا ترد ، لأنه يضرّ بها ، وعليها مشقة ، ولا بد لها من سفر وإن رجعت . قال القاضي : ينبغي أن يُحَدّ القريب بما لا تقصر فيه الصلاة ، والبعيد ما تقصر فيه ، لأن ما لا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر . وهذا قول أبي حنيفة ، إلا أنه لا يرى القصر إلا في مسيرة ثلاثة أيام ، فقال : متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع إليه ، وإن كان فوق ذلك لزمها المضي إلى مقصدها ، والاعتداد فيه ، إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام . وإن كان بينه وبينها ثلاثة أيام ، وفي موضعها الذي هي به موضع يمكنها الإقامة فيه ، لزمها الإقامة . وإن لم يمكنها الإقامة مضت إلى مقصدها .

وقال الشافعي : إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام ، لأنها صارت في موضع أذن لها زوجها فيه ، وهو السفر ، فأشبه ما لو كانت قد بعدت .

ولنا على وجوب الرجوع إذا كانت قريبة : ما روى سعيد ثنا جرير ، عن منصور ، عن سعيد بن

(١) أخرجه أحمد عن عامر بن ربيعة ، وبمعناه حديث أخرجه الشيخان عن ابن عباس . ف

المسيب ، قال : « توفى أزواجٌ نساؤهن حاجَّات أو معتمرات ، فردهن عمر من ذى الْحُليفة[1] ، حتى يعتددن فى بيوتهن » . ولأنه أمكنها الاعتداد فى منزلها قبل أن يبعد سفرها ، فلزمها كما لو لم تفارق البنيان .

وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع : إن (كان)[2] عليها مشقة وتحتاج إلى سفر فى رجوعها فأشبهت من بلغت مقصدها . وإن اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك إذا كانت تصل إلى منزلها قبل انقضاء عدتها ، ومتى كان عليها فى الرجوع خوف أو ضرر فلها المضى فى سفرها كما لو بعدت ، ومتى رجعت وقد بقى عليها شىء من عدتها لزمها أن تأتى به فى منزل زوجها بلا خلاف نعلمه بينهم فى ذلك ، لأنه أمكنها الاعتداد فيه ، فلزمها كما لو لم تسافر منه .

٦٤٠٩ فصـــل

ولو كانت عليها حجة الإسلام فمات زوجها لزمتها العدة فى منزلها ، وإن فاتها الحج ، لأن العدة فى المنزل تفوت ، ولا بدل لها ، والحج يمكن الإتيان به فى غير هذا العام .

وإن مات زوجها بعد إحرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فيه نظرت ، فإن كان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد فى منزلها ، لأنه أمكن الجمع ، بين الحقين فلم يجز إسقاط أحدهما ، وإن خشيت فوات الحج لزمها المضى فيه . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يلزمها المقام وإن فاتها الحج ، لأنها معتدة ، فلم يجز لها أن تنشىء سفراً ، كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها .

ولنا : أنهما عبادتان استويا فى الوجوب وضيق الوقت ، فوجب تقديم الأسبق منهما ، كما لو كانت العدة أسبق . ولأن الحج آكد ، لأنه أحد أركان الإسلام ، والمشقة بتفويته تعظم ، فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بَعُد سفرها إليه ، وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضى إليه ، لما فى بقائها فى الإحرام من المشقة ، واحتمل أن يلزمها الاعتداد فى منزلها ، لأن العدة أسبق ، ولأنها فرطت وغلظت فى نفسها . فإذا قضت العدة وأمكنها السفر إلى الحج لزمها ذلك فإن أدركته وإلا تحللت بعمل عمرة ، وحكمها فى القضاء حكم من فاته الحج ، وإن لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر ، كالتى يمنعها زوجها من السفر ، وحكم الإحرام بالعمرة كذلك ، إذا خيف فوات الرفقة ، أو لم يخف .

---

(١) ميقات إحرام المدنيين .

(٢) ساقطة من ١٨ . ويبدو أن همزة إن مفتوحة مع حذفها . وهو أوضح مع ملاحظة أن الهمز والنقط قليل جداً فى هذه المخطوطة لقدم خطها .

٦٤١٠ فصل

وإذا أذن لها زوجها للسفر لغير النقلة فخرجت ، ثم مات زوجها ، فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ماذكرنا من التفصيل ، وإذا مضت إلى مقصدها فلها الإقامة حتى تقضي ماخرجت إليه ، وتنقضي حاجتها من تجارة أو غيرها ، وإن كان خروجها لنزهة أو زيارة أو لم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم إقامة المسافر ثلاثاً ، وإن قدر لها مدة فلها إقامتها ، لأن سفرها بحكم إذنه ، فكان لها إقامة ماأذن لها فيه فإذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ، ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره ، أتمت العدة في مكانها ، وإن أمكنها الرجوع لكن لايمكنها الوصول إلى منزلها حتى تنقضي عدتها لزمتها الإقامة في مكانها ، لأن الاعتداد وهي مقيمة أولى من الإتيان بها في السفر ، وإن كانت تصل وقد بقي من عدتها شيء لزمها العود[1] لتأتي بالعدة في مكانها .

٦٤١١ فصل

وإن أذن الزوج لها في الانتقال إلى دار أخرى أو بلد آخر فمات قبل انتقالها لزمها الاعتداد في الدار التي هي بها ، لأنها بيتها ، وسواء مات قبل نقل متاعها أو بعده ، لأنها مسكنها مالم تنتقل عنه : وإن مات بعد انتقالها إلى الثانية اعتدت فيها ، لأنها مسكنها ، وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله ، وإن مات وهي بينهما فهي مخيرة ، لأنها لامسكن لها منهما ، فإن الأولى قد خرجت عنها منتقلة ، فخرجت عن كونها مسكناً لها . والثانية : لم تسكن بها ، فهما سواء .

وقيل : يلزمها الاعتداد في الثانية ، لأنها المسكن الذي أذن لها زوجها في السكنى به ، وهذا يمكن في الدارين ، فأما إذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال إلى البلد الثاني بحال ، لأنها إنما كانت تنتقل لغرض زوجها في صحبتها إياه ، وإقامتها معه ، فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق ، والتغرب عن وطنها وأهلها . والمقام مع غير محرمها ، والمخاطرة بنفسها ، مع فوات الغرض ، وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها ، فصارت الحياة مشروطة في النقلة ، فأما إن انتقلت إلى الثانية ثم عادت إلى الأولى لنقل متاعها . فمات زوجها وهي بها ، فعليها الرجوع إلى الثانية ، لأنها صارت مسكنها بانتقالها إليها ، وإنما عادت إلى الأولى لحاجة ، والاعتبار بمسكنها دون موضعها ، وإن مات وهي في الثانية فقالت : أذن لي زوجي في السكنى بهذا المكان ، وأنكر ذلك الورثة ، أو قالت : إنما أذن لي زوجي في المجيء إليه ، لا في الإقامة به ، وأنكر ذلك الورثة ، فالقول قولها ، لأنها أعرف بذلك منهم ، وكل موضع قلنا : يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرمها مسافراً معها ، والأمن على نفسها ، لقول رسول الله

---

(١) في ٣٩ : العودة .

صلى الله عليه وسلم : « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم من أهلها »[1] . أو كما قال .

٦٤١٢ مســـألة

قال ﴿ وإذا طلقها زوجها أو مات عنها وهو ناء عنهـا ، فعدتها من يوم مات أو طلق ، إذا صح ذلك عندها ، وإن لم تجتنب ماتجتنبه المعتدة ﴾ .

هذا المشهور فى المذهب ، وأنه متى مات زوجها ، أو طلقها ، فعدتها من يوم موته وطلاقه . قال أبو بكر : لاخلاف عن أبى عبد الله أعلمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق ، إلا مارواه إسحاق ابن إبراهيم . وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وابن مسعود ، ومسروق ، وعطاء . وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وعكرمة ، وطاوس ، وسليمان بن يسار ، وأبى قلابة ، وأبى العالية ، والنخعى ، ونافع ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : إن قامت بذلك بينة فـكما ذكرنا ، وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر .

وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز . ويروى عن على ، والحسن ، وقتادة ، وعطاء الخراسانى ، وخلاس بن عمرو : أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لأنـ العدة اجتناب أشياء ، وما اجتنبتهـا .

ولنـا أنها لو كانت حاملا فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها ، فـكذلك سائر أنواع العدد ، ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق ، فوجب أن تعتد به ، كما لو كان حاضراً ، ولأن القصد غير معتبر فى العدة ، بدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضى عدتهما من غير قصد ، ولم يعدم ههنا إلا القصد ، وسواء فى هذا اجتنبت ماتجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه ، فإن الإحداد الواجب ليس بشرط فى العدة ، فلو تركته قصداً أوعن غير قصد لانقضت عدتها ، فإن الله تعالى قال : « يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ »[2] . وقال : « فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ » . وقال : « وأُولَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »[3] . وفى اشتراط الإحداد مخالفة هذه النصوص ، فوجب ألا يشترط .

---

(١) أخرجه الشيخان وأحمد وأبو داود والترمذى عن أبى هريرة . (ف)

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٣) سورة آية الطلاق ٤ .

كتاب الرضاع

الأصل فى التحريم : بالرضـاع الـكتاب ، والسنة : والإجماع . أما الـكتاب فقول الله تعـالى : (وَأُمَّهَاتُـكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَـكُمْ وَأَخَوَاتُـكُمْ مِنَ الرَّضَاعةِ)[1] ذكرهما الله سبحانه فى جملة المحرمات .

وأما السنة فما روت عائشة أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « إن الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة » متفق عليه ، وفى لفظ : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » . رواه النسائى . وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بنت حمزة : « لاتحل لى ، يحرم من الرضـاع مايحرم من النسب ، وهى ابنة أخى من الرضاعة » . متفق عليه فى أخبار كثيرة نذكر أكثرها إن شاء الله تعالى فى تضاعيف الباب . وأجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع .

إذا ثبت هذا فإن تحريم الأم والأخت ثبت بنص الـكتاب ، وتحريم البنت ثبت بالتنبيه ، فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى ، وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة ، وتثبت المحرمية ، لأنهـا فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح . فأما بقية أحكام النسب من النفقة ، والعتق ، ورد الشهادة ، وغير ذلك فلا يتعلق به ، لأن النسب أقوى منه ، فلا يقاس عليه فى جميع أحكامه ، وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه .

٦٤١٣ مســــألة

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ والرضاع الذى لايشك فى تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً ﴾ .

فى هذه المسألة مسألتان :

٦٤١٤ أحــــدها

أن الذى يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً هذا الصحيح فى المذهب . وروى هذا عن عائشة وابن مسعود ، وابن الزبير ، وعطاء ، وطاوس . وهو قول الشافعى . وعن أحمد رواية ثانية : أن قليل الرضاع وكثيره يحرم . وروى ذلك عن على ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومكحول ، والزهرى ، وقتادة ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، والليث ، وأصحاب الرأى . وزعم الليث : أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم فى المهد مايفطر به الصائم . واحتجوا بقول الله تعالى : (وأمهاتـكُمُ اللاَّتى أرضَعْنَـكم وأخواتـكُمْ مِنَ الرَّضَاعةِ)[2] ، وقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب » .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٣

وعن عقبـة بن الحارث : « أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب ، فجاءت أمة سوداء . فقالت : قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما ؟ » متفق عليه ، ولأن ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد ، فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ، ولا يلزم اللعان لأنه قول .

والرواية الثالثة : لايثبت التحريم إلا بثـلاث رضعات . وبه قال أبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود ، وابن المنذر ، لقول النبى صلى الله عليـه وسلم : « لاتحرم المصّة ، ولا المصتان » ، وعن أم الفضل بنت الحارث قالت : قال نبى الله صلى الله عليه وسلم : « لاتحرم الإملاجة[1] ولا الإملاجتان » ، رواهما مسلم ولأن مايعتبر فيه العدد والتـكرار يعتبر فيه الثلاث ، وروى عن حفصة : « لايحرمُ دون عشر رضعات » وروى ذلك عن عائشة ، لأن عروة روى فى حديث سهلة بنت سهيل ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بلغنا : « أرضعيه[2] عشر رضعات فيحرم بلبنها » .

وجه الأولى ماروى عن عائشة أنها قالت : أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، فنسخ من ذلك خمس ، وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرمن ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم والأمر على ذلك . رواه مسلم . وروى مالك ، عن الزهرى ، عن عروة ، عن عائشـة ، عن سهلة بنت سهيل ، أرضعى سالماً خمس رضعات ، فيحرم بلبنها والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ماروينا ه يخص[3] مفهوم ماروه ، فنجمع بين الأخبار ، ونحملها على الصريح الذى رويناه .

٦٤١٥ فصـــــل

وإذا وقع الشك فى وجود الرضاع أو فى عدد الرضاع المحرم ، هـل كملا أولا ؟ لم يثبت التحريم ، لأن الأصل عدمه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، كما لو شك فى وجود الطلاق وعدده .

---

(١) الإملاجة : الإرضاعة الواحدة مثل المصة ، وفى القاموس ملج الصبى أن كنصر وسمع : تناول ثديها بأدنى فه ، وامتلج اللبن : امتصه ، وأملجه : أرضعه ، والمليج : الرضيع (ف)

(٢) المشهور « أرضعيه خمس رضعات » وقد أخرجه أحمد عن عروة عن عائشة كما فى مسند أحمد ج٦ ص ٢٠١ وموطأ مالك ج ٢ ص ٤٤ نعم . ورد فى موطأ مالك ج ٢ ص ٤٣ .. عن نافع أن سالم بن ابن عبد الله بن عمر أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به ، وهو يرضـع إلى أختها أم كلثوم بنت أبى بكر الصديق فقالت : أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل على ..

والأمر بالعشر منها زيادة فى التحوط لأن المشهود عنها أن العشر نسخن بخمس . (ف)

(٣) فى ١٢ : يخصص .

٦٤١٦ المسألة الثانية

أن تـكون الرضعات متفرقات ، وبهذا قال الشافعى . والمرجـع فى معرفة الرضعة إلى العرف ، لأنّ الشرع ورد بها مطلقاً ، ولم يحدها بزمن ولا مقـدار ، فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف ، فإذا ارتضع الصبى وقطع قطعاً بيناً باختياره ، كان ذلك رضعـة أخرى ، فأما إن قطع لضيق نفس ، أو للانتقال من ثدى إلى ثدى ، أو لشيء يلهيه ، أو قطعت عليه المرضعة ، نظرنا . فإن لم يعد قريباً فهى رضعة ، وإن عاد فى الحال ففيه وجهان .

أحدهما : أن الأولى رضعة ، فإذا عاد فهى رضعة أخرى ، وهذا اختيار أبى بكر . وظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل ، فإنه قال : أما ترى الصبى يرتضع من الثدى ، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدى ليتنفس أو أو يستريح ، فإذا فعل ذلك فهى رضعة ، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فـكانت رضعة ، وإن عاد كالو قطع باختياره .

والوجه الآخر : أن جميع ذلك رضعة ، وهو مذهب الشافعى ، إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ، ففيه وجهان . لأنه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة فاستدام الأكل زمناً ، أو قطع لشرب الماء ، أو انتقال من لون إلى لون ، أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام لم يعدّ إلا أكلة واحدة ، فـكذا هاهنا ، والأول أصح ، لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة ، فـكذا هذا .

٦٤١٧ مســـــألة

قال : ﴿ والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور ﴾ .

معنى السعوط : أن يصب اللبن فى أنفه من إناء أو غيره ، والوجور : أن يصب فى حلقـه صباً من غير الثدى . واختلفت الرواية فى التحريم بهما ، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وبه قال مالك فى الوجور .

والثانية : لا يثبت بهما التحريم ، وهو اختيار أبى بكر ، ومذهب داود ، وقول عطاء الخراسانى فى السعوط ، لأن هذا ليس برضاع ، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، لأنه حصل من غير ارتضاع ، فأشبه مالو دخل من جرح فى بدنه .

ولنا : ماروى ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لارضاع إلا ماأنشر العظم ، وأنبت اللحم » ، رواه أبو داود . ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم مايحصل من الارتضاع . فيجب أن يساويه فى التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم فـكان سبيلا للتحريم كالرضاع بالفم .

٦٤١٨ فصـــل

وإنما يحرم من ذلك مثل الذى يحرم بالرضاع ، وهو خمس فى الرواية المشهورة ، فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور ، أو استَعَطَ أو أوجِر وكمل الخمس برضاع ، ثبت التحريم ، لأنا جعلناه كالرضاع فى أصل التحريم ، فكذلك فى إكمال العدد ، ولو حلبت فى إناء دفعة واحدة ، ثم سقته غلاماً فى خمسة أوقات ، فهو خمس رضعات ، فإنه لو أكل من طعام خمس أكلات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات . وإن حلبت فى إناء حلبات فى خمسة أوقات ، ثم سقته دفعة واحدة ، كان رضعة واحدة ، كالو جعل الطعام فى إناء واحد فى خمسة أوقات ، ثم أكله دافعة واحدة كان أكلة واحدة وحكى عن الشافعى قول فى الصورتين عكس ماقلنا ، اعتباراً بخروجه منها ، لأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه .

ولنا : أن الاعتبار بشرب الصبى له ، لأنه المحرم ، ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم ، فكان الاعتبار به ، وماوجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة ، وإن سقته فى أوقات ، فقد وجد فى خمس أوقات فكان خمس رضعات . فأما إن سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة ، فظاهر قول الخرقى أنه رضعة واحدة ، لاعتباره خمس رضعات متفرقات ، ولأن المرجع فى الرضعة إلى العرف ، وهم لايعدون هذا رضعات ، فأشبه مالو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة ، فإنه لايعد أكلات . ويحتمل أن يخرج على ماإذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ماقدمنا .

٦٤١٩ فصـــل

وإن عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبى ثبت به التحريم . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لايحرم به ، لزوال الاسم ، وكذلك على الرواية التى تقول لايثبت التحريم بالوجور ، لايثبت ههنا بطريق الأولى .

ولنا : أنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم ، وإنشاز العظم ، فحصل به التحريم ، كما لو شربه .

٦٤٢٠ فصـــل

فأما الحقنة فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد أنها لاتحرم ، وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك . وقال ابن حامد ، وابن أبى موسى : تحرم ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر ، فتعلق به التحريم كالرضاع .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ، ولا يحصل به التغذى ، فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر فى إحليله ، ولأنه ليس برضاع ، ولا فى معناه ، فلم يجز إثبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم ، فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ، ولا إنشاز العظم ، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق ، أشبه مالو وصل من جرح .

٦٤٢١ مســـألة

قال : ﴿ واللبن المشوب كالمحض ﴾ .

المشوب : المختلط بغيره ، والمحض : الخالص الذى لا يخالطه سواه ، وسوى الخرقى بينهما ، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه لا يحرم ، لأنه وجور ، وحكى عن ابن حامد أنه قال : إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا ، وهو قول أبى ثور ، والمزنى ، لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الإسم المعنى المراد به ، ونحو هذا قول أصحاب الرأى وزادوا فقالوا : إن كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام ، أو حتى تغير ، فليس برضاع .

ووجه الأول أن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ، ويحصل منه إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما إن صب فى ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم ، لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذى ، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم . وحكى عن القاضى : أن التحريم يثبت به ، وهو قول الشافعى ، لأن أجزاء اللبن حصلت فى بطنه ، فأشبه مالو كان لونه ظاهراً .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ولا فى معناه ، فوجب ألا يثبت حكمه فيه .

٦٤٢٢ فصـــل

وإن حلب من نسوة وسُقِيه[1] الصبى فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ، لأنه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعاً محرماً ، فكذلك إذا شيب بلبن آخر .

٦٤٢٣ مســـألة

قال : ﴿ ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية ، لأن اللبن لا يموت ﴾ .

المنصوص عن أحمد فى رواية إبراهيم الحربى أنه ينشر الحرمة ، وهو اختيار أبى بكر ، وهو قول أبى ثور ، والأوزاعى : وابن القاسم ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال الخلال : لا ينشر الحرمة ،

---

(١) فى ٢٩ : وسقاه .

وتوقف عنه أحمد فى رواية مهنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل .

ولنا : أنه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم ، من امرأة ، فأثبت التحريم ، كما لو كانت حية ، ولأنه لافارق بين شربه فى حياتها وموتها ، إلا الحياة والموت أو النجاسة ، وهـذا لاأثر له ، فإن اللبن لايموت ، والنجاسة لاتمنع ، كما لو حلب فى وعاء نجس ، ولأنه لو حلب منها فى حياتها فشرب به بعد موتها لنشر الحرمة ، وبقاؤه فى ثديها لايمنع ثبوت الحرمة ، لأن ثديها لايزيد على الإناء فى عدم الحياة ، وهى لاتزيد على عظم الميتة فى ثبوت النجاسة .

٦٤٢٤ فصـــــل

ولو حلبت المرأة لبنها فى إناء ، ثم ماتت ، فشرب به صبى نشر الحرمة فى قول كل من جعل الوجور محرماً ، وبه قال أبو ثور ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم ، وذلك لأنه لبن امرأة فى حياتها ، فأشبه مالو شرب به وهى فى الحياة .

٦٤٢٥ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا حملت ممن يلحق نسب ولدها به ، فثاب لها لبن ، فأرضعت به طفلا خمس رضعات متفرقات ، فى حولين ، حرمت عليه ، وبناتهـا من أبى هذا الحمل ، ومن غيره ، وبنـات أبى هـذا الحمل منها ، ومن غيرها ، وإن أرضعت صبية فقد صارت إبنة لها ولزوجها ، لأن اللبن من الحمل الذى هو منه ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا حملت من رجل ، وثاب لها لبن ، فأرضعت به طفلا رضاعاً محرماً ، صار الطفل الرضيع ابناً للمرضعة بغير خلاف . وصار أيضاً إبناً لمن ينسب الحمل إليه فصار فى التحريم وإباحة الخلوة ابناً لها وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما . وإن نزلت درجتهم ، وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره ، وجميع أولاد الرجل الذى انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته ، وأولاد أولادهما أولاد إخوته . وأخواته ، وإن نزلت درجتهم .

وأم المرضعة جدته ، وأبوها جده ، وأخوتها أخواله ، وأخواتها خالاته ، وأبو الرجل جده ، وأمه جدته وإخوته أعمامه ، وإخواته عماته ، وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب ، لأن اللبن الذى ثاب المرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة ، فنشر التحريم إليهما ، ونشر الحرمة إلى الرجل . وإلى أقاربه ، وهو الذى يسمى لبن الفحل . وفى التحريم به اختلاف ذكرناه فى باب مايحرم نـكاحه . والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ماروت عائشة : « أن أفلح

أخا أبى القعيس استأذن على بعد ماأنزل الحجاب ، فقلت : والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى ، ولـكن أرضعتنى امرأة أبى القعيس ، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله إن الرجل ليس هوأرضعنى ولـكن أرضعتنى امرأته ، قال : ائذنى له ، فإنه عمك تربت يمينك » قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول : « حرموا من الرضاع مايحرم من النسب » . متفق عليه .

وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين ، فأرضعت إحداهما جارية ، والأخرى غلاماً ، هل يتزوج الغلام بالجارية ؟ فقال : لا ، اللقاح واحد » . قال مالك : اختلف قديماً فى الرضاعة من قبل الأب ، ونُزِل برجال من أهل المدينة فى أزواجهم ، منهم محمد بن المنـكدر ، وابن أبى حبيبة ، فاستُفْتُوا فى ذلك ، فاختلف عليهم ، ففارقوا زوجاتهم . فأما المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده . وإن نزلوا ، ولا تنتشر إلى من فى درجته من إخوته وأخواته ، ولا إلى أعلى منه ، كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته ، فلا يحرم على المرضعة نـكاح أبى الطفل المرتضع ، ولا أخيه ولا عمه ولا خاله ، ولا يحرم على زوجها نـكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ، ولا عمته ولا خالته . ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته . قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وإنما الرضاع بين الجارية وأخته .

إذا ثبت هذا فإن من شرط تحريم الرضاع أن يكون فى الحولين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى نحو ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبى هريرة ، وأزواج النبى صلى الله عليه وسلم ، سوى عائشة ، وإليه ذهب الشعبى ، وابن شبرمة ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، ورواية عن مالك . وروى عنه إن زاد شهراً جاز ، وروى شهران .

وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع فى ثلاثين شهراً ، لقوله سبحانه : « وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا »[1] ، ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء ، لأنه يكون سنتين ، فعلم أنه أراد الحمل فى الفصال . وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين ، وكانت عائشة ترى رضاعة الـكبيرة تحرم . ويروى هذا عن عطاء ، والليث ، وداود ، لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت : « يا رسول الله ، إنا كنا نرى سالماً ولداً ، فـكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ، ويرانى فضلى ، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت ، فـكيف ترى فيـه ؟ فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : أرضعيه . فأرضعته خمس رضعات ، فـكان بمنزلة ولدها ، فبذلك كانت عائشة تأخذ ، تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها [أن] يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها . وإن كان كبيراً خمس رضعات . وأبت ذلك أم سلمة ، وسائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ،

(١) سورة الأحقاف آية ١٥ .

أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع فى المهد ، وقلن لعائشة : والله ما ندرى لعلها رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس ؟ » . رواه النسائي ، وأبو داود وغيرهما .

ولنا : قول الله تعالى :(والوَالداتُ يُرْضِعْنَ أولادهُنَّ حولَيْنِ كاملَيْنِ لمنْ أرادَ أنْ يُتِم الرَّضاعة)[١] فجعل تمام الرضاعة حولين ، فيدل على أنه لاحكم لها بعدهما ، وعن عائشة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظرن من إخوانكن ، فإنما الرضاعة من المجاعة » . متفق عليه ، وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء ، وكان قبل الفطام » . أخرجه الترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ، وعند هذا يتعين حمل خبر أبى حذيفة على أنه خاص له دون الناس ، كما قال سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم . وقول أبى حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب ، وقول الصحابة . فقد روينا عن على وابن عباس : أن المراد بالحمل حمل البطن ، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى : « وفِصَاله فى عامَيْن »[٢] فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية .

إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك : لو ارتضع بعد الفطام فى الحولين لم تحرم عليه لقوله عليه السلام « وكان قبل الفطام » .

ولنا قول الله تعالى : (والوالداتُ يُرْضِعْنَ أولادهُنَّ حولَيْن كاملَيْن) وروى عنه عليه السلام : « لارضاع إلا ما كان فى الحولين » . والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم ، وقال القاضى لو شرع فى الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم . ولا يصح هذا ، لأن ما وجد من الرضعة فى الحولين كاف فى التحريم ، بدليل ما لو انفصل مما بعده ، فلا ينبغى أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به ، واشترط الخرقى فى نشر الحرمة بينَ المرتضع وبين الرجل الذى ثاب اللبن بوطئه : أن يكون ابن حمل ينتسب إلى الواطىء ، إما لكون الوطء فى نكاح أو ملك يمين ، أو شبهة .

فأما لبن الزانى ، أو النافى الولد باللعان ، فلا ينشر الحرمة بينهما فى مفهوم كلام الخرقى . وهو قول أبى عبد الله بن حامد ، ومذهب الشافعى ، وقال أبو بكر عبد العزيز : تنتشر الحرمة بينهما ، لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى فى ذلك مباحه ومحظوره كالوطء ، يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ، ثم

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) سورة لقمان آية ١٤ .

إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء ، كذلك الابن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فنشرها إلى الواطىء ، كصورة الإجماع .

ووجه القول الأول : أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة ، فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ماهو فرع لها ، ويفارق تحريم ابنته من الزنا ، لأنها من نطفته حقيقة ، بخلاف مسألتنا . ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثمَّ لايقف على ثبوت النسب ، ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب ، وتحريم الرضاع مبنى على النسب ، ولهذا قال عليه السلام : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » . فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ، ومنسوب إليها عند الجميع ، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع ، كما فى الرضاع باللبن المباح . وإن كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضاً ، لأنها ربيبته ، فإنها بنت امرأته من الرضاع ، وتحرم على الزانى عند من يرى تحريم المصاهرة ، وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك .

٦٤٢٦ فصـــل

وإذا وطىء رجلان امرأة ، فأتت بولد ، فأرضعت بلبنه طفلا ، صار ابناً لمن ثبت نسب المولود منه ، سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها ، وإن ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابناً لهما ، فالمرتضع فى كل موضع تبع المناسب ، فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله ، وإن انتفى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله ، لأنه بلبنه ارتضع ، وحرمته فرع على حرمته ، وإن لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم ونحو ذلك حرم عليهما تغليباً للحظر ، لأنه يحتمل أن يكون منهما ، ويحتمل أن يكون أحدهما ، فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر ، وقد اختلطت أخته بغيرها ، فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ، ثم اختلطت بأجنبيات .

وإن انتفى عنهما جميعاً بأن تأتى به لدون ستة أشهر من وطئهما أو لأكثر من أربع سنين أو لدون ستة أشهر من وطء أحدهما أو لأكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضاً . فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة ، ويحرم أولادها عليهما أيضاً لأنها ابنة موطوءتهما فهى ربيبة لهما .

٦٤٢٧ فصـــل

ولا تنتشر الحرمة بغير لبن لآدمية بحال ، فلو ارتضع اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين فى قول عامة أهل العلم منهم الشافعى ، وابن القاسم ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولو ارتضعا من رجل[1] لم

---

(١) افتراض عجيب لاندرى كيف يكون .

يصيرا أخوين ، ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما . فى قول عامتهم . وقال الكرابيسى : يتعلق به التحريم ، لأنه لبن آدمى ، أشبه لبن الآدمية وحكى عن بعض السلف : أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس بصحيح ، لأن هذا يتعلق به تحريم الأمومة ، فلا يثبت به تحريم الأخوة ، لأن الأخوة فرع على الأمومة ، وكذلك لايتعلق به تحريم الأبوة لذلك ، ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود ، فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام .

فإن ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم ، لأنه لم يثبت كونه امرأة ، فلا يثبت التحريم مع الشك . وقال ابن حامد : يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى ، فعلى قوله يثبت التحريم إلا أن يتبين كونه رجلا لأنه لايأمن كونه محرماً .

٦٤٢٨ فصـــل

وإن ثاب لامرأة لبن من غير وطء ، فأرضعت به طفلا نشر الحرمة فى أظهر الروايتين ، وهو قول ابن حامد ، ومذهب مالك ، والثورى ، والشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ، لقول الله تعالى : «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ»(١) ، ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء ، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال ، فإن كان هذا نادراً(٢) فجنسه معتاد .

والرواية الثانية : لاتنشر الحرمة ، لأنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال فأشبه لبن الرجال ، والأول أصح .

٦٤٢٩ فصـــل

إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد ، له منهن لبن ، فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة ، لم يصرن أمهات له ، وصار المولى أباً له ، وهذا قول ابن حامد ، لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات .

وفيه وجه آخر : لاتثبت الأبوة ، لأنه رضاع لم يثبت الأمومة ، فلم يثبت الأبوة كالارتضاع بلبن الرجل . والأول أصح ، فإن الأبوة إنما تثبت لكونه رضع من لبنه ، لالكون المرضعة أماً له ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . وإذا قلنا بثبوت الأبوة حرمت عليه المرتضعات ، لأنه ربيبهن ، وهن موطوءات أبيه ، وإن كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلا كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له ، وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالاً له وخالات ؟ على وجهين :

أحدهما : يصير جداً ، وأخوهن خالاً ، لأنه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته ، أو أخواته ، فأشبه مالو كان من واحدة .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ . (٢) أى : در لبن المرأة دون حمل .

والآخر : لايثبت ذلك ، لأن كونه جداً ، فرع كون ابنته ، أما ، وكونه خالا فرع كون أخته أماً ، ولا يثبت ذلك ، فلا يثبت الفرع . وهذا الوجه يترجح فى هذه المسألة ، لأن الفرعية متحققة ، بخلاف التى قبلها .

فإن قلنا : يصير أخوهن خالاً لم تثبت الخئولة فى حق واحدة منهن ، لأنه لم يرتضع من ابن أخواتها خمس رضعات ، ولـكن يحتمل التحريم ، لأنه قد اجتمع من اللبن المحرم خمس رضعات . ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين .

٦٤٣٠ فصـــل

إذا كان لامرأة لبن من زوج ، فأرضعت طفلا ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر ، فصار لها منه لبن ، فأرضعت منه الصبى رضعتين صارت أماً له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات ، ولم يصر واحد من الزوجين أباً له ، لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ، ويحرم على الرجلين لـكونه ربيبهما لا لـكونه ولدها .

٦٤٣١ مســـألة

قال : ﴿ ولو طلق زوجته ثلاثاً ، وهى ترضع من لبن ولده ، فتزوجت بصبى مرضع فأرضعته فحرمت عليه ، ثم تزوجت بآخر : ودخل بها ووطئها ، ثم طلقها أو مات عنها ، لم يجز أن يتزوجها الأول ، لأنها صارت من حلائل الأبناء ، لما أرضعت الصبى الذى تزوجت به ﴾ .

هذه المسأله من فروع المسألة التى قبلها ، وهو : أن المرتضع يصير ابناً للرجل الذى ثاب اللبن بوطئه ، فهذه المرأة لما تزوجت صبياً ثم أرضعته بلبن مطلقها صار ابناً لمطلقها ، فحرمت عليه لأنها أمه وبانت منه ، وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها فحرمت على الأول على التأبيد لـكونها صارت من حلائل أبنائه . ولو تزوجت امرأة صبياً فوجدت به عيباً ففسخت نـكاحه ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبى خمس رضعات حرمت على زوجها لأنها صارت من حلائل أبنائه . ولو زوج الرجل أم ولده أو أمته بصبى مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نـكاحه ، وحرمت على سيدها على التأبيد ، لأنها صارت من حلائل أبنائه ، فإن كان الصبى حراً لم يتصور هذا الفرع ، ولم[1] يصح[2]

---

(١) عبارة الشرح الـكبير ج ٩ ص ٢١٨ أوضح ونصها « فإن كان الصبى حراً لم يتصور هذا الفرع عندنا لأنه لايصح نكاحه إلخ » (ف)

(٢) فى المطبوعة : ولم يصح .

نـكاحه ، لأن من شرط جواز نـكاح الحر الأمة خوف العنت ، ولا يوجد ذلك في الطفل ، فإن زوج بها كان النكاح فاسداً وإن أرضعته لم تحرم على سيدها لأنه ليس بزوج في الحقيقة .

٦٤٣٢ فصـــــل

وإذا طلق الرجل زوجته ولها منه ابن ، فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال .

أحدها : أن يبقى ابن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ، ولم تلد من الثانى ، فهو للأول ، سواء حملت من الثانى أو لم تحمل ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأن اللبن كان للأول ، ولم يتجدد مايجعله من الثانى ، فبقى للأول .

الثانى : ألا تحمل من الثانى ، فهو للأول ، سواء زاد أو لم يزد ، أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع .

والثالث : أن تلد من الثانى ، فاللبن له خاصة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، سواء زاد أو لم يزد ، انقطع أو اتصل ، لأن ابن الأول ينقطع بالولادة من الثانى ، فإن حاجة المولود إلى اللبن تمنع كونه لغيره .

الحال الرابع : أن يـكون ابن الأول باقياً ، وزاد بالحمل من الثانى ، فاللبن منهما جميعاً فى قول أصحابنا. وقال أبو حنيفة : هو للأول مالم تلد من الثانى .

وقال الشافعى : إن لم ينته الحـمل إلى حال ينزل منه اللبن فهو للأول ، فإن بلغ إلى حال يـنزل به اللبن فزاد به ففيه قولان . أحدهما : هو للأول ، والثانى : هو لهما .

ولنا : أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه ، وبقاء ابن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف إليهما كما لو كان الولد منهما .

الحال الخامس : انقطع من الأول ، ثم ثاب بالحـمل من الثانى ، فقال أبو بـكر : هو منهما . وهو أحد أقوال الشافعى ، إذا انتهى الحمل إلا حال ينزل به اللبن ، وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن ابن الأول ثاب بسبب الحمل الثانى فـكان مضافاً إليهما ، كما لو لم ينقطع . واختـار أبو الخطاب أنه من الثانى ، وهو القول الثانى للشافعى ، لأن ابن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه ، وحدث بالحمل من الثانى ، فـكان له كما لو يـكن لها ابن من الأول . وقال أبو حنيفة : هو للأول مالم تلد من الثانى ، وهو القول الثالث للشافعى ، لأن الحمل لا يقتضى اللبن ، وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته إليه والـكلام عليه قد سبق .

٦٤٣٣ مســـألة

قال : ﴿ ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالـكبيرة حتى أرضعت الصغيرة فى الحولين حرمت

عليه الكبيرة ، وثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعاً ، ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة ﴾ .

نص أحمد على هذا كله ، وفى هذه المسألة فصول أربعة :

٦٤٣٤ الفصل الأول

أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها ، فسد نكاح الكبيرة فى الحال ، وحرمت على التأبيد . وبهذا قال الثورى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الأوزاعى : نكاح الكبيرة ثابت ، وتنزع منه الصغيرة ، وليس بصحيح ، فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، فتحرم أبداً ، لقول الله سبحانه : « وأمهات نسائكم » ولم يشترط دخوله بها ، فأما الصغيرة ففيها روايتان

إحداهما : نكاحها ثابت ، لأنها ربيبة ، ولم يدخل بأمها ، فلا تحرم لقول الله سبحانه : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ »[1] .

والرواية الثانية : ينفسخ نكاحها ، وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة ، لأنهما صارتا أماً وبنتاً ، واجتمعتا فى نكاحه ، والجمع بينهما محرم ، فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين ، وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً .

ولنا : أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة ، وهى أولى به ، لأن نكاحها محرم على التأبيد ، فلم يبطل نكاحهما به ، كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية ، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنت ، فاختص الفسخ بنكاح الأم ، كما لو أسلم وتحته امرأة وبنتها ، وفارق الأختين ، لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق مالو ابتدأ العقد عليهما ، لأن الدوام أقوى من الابتداء .

٦٤٣٥ الفصل الثانى

أنه إن كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعاً على الأبد[2] ، وانفسخ نكاحهما ، لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، والصغيرة ربيبة قد دخل بأمها ، فتحرم تحريماً مؤبداً ، وإن كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتاً محرمة عليه لوجهين ، لكونها بنته وربيبته التى دخل بأمها .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ .

(٢) فى ١٨ : على التأبيد .

٦٤٣٦ الفصل الثالث

أن عليه نصف مهر الصغيرة ، لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها ، والفسخ إذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها ، لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها ، فسقط صداقها كما لو ارتدت . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإن كان دخل بالكبيرة لم يسقط مهرها ، لأنه استقر بدخوله بها استقراراً لا يسقطه شيء ، ولذلك لا يسقط بردتها ولا بغيرها .

٦٤٣٧ الفصل الرابع

أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة ، وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن بعض أصحابه : أنه يرجع بجميع صداقها ، لأنها أتلفت البضع ، فوجب ضمانه ، وقال أصحاب الرأي : إن كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق ، وإلا فلا يرجع بشيء ، وقال مالك : لا يرجع بشيء .

ولنا : على أنه يرجع عليها بالنصف : أنها قررته عليه ، وألزمته إياه ، وأتلفت عليه ما في مقابلته ، فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع .

ولنا على أبي حنيفة : أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ، ولأنها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق ، فلزمها ضمانه كما لو قصدت الإفساد .

ولنا على أن الزوج إنما يرجع بالنصف : أن الزوج لم يغرم إلا النصف ، فلم يجب له أكثر مما غرم ، ولأنه بالفسخ يرجع إليه بدل النصف الآخر . فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له . وإنما ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته .

٦٤٣٨ فصـــل

والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل لأنه إنما يرجع بما غرم والذي غرم نصف ما فرض لها فرجع به ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يرجع بنصف مهر المثل لأنه ضمان متلف . فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الأعيان .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل ما لو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه ، فإنها لا تغرم له شيئاً . وإنما الرجوع ههنا بما غرم ، فلا يرجع بغيره ، ولأنه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ، ولم يختص بنصفه ، لأن التلف لم يختص بالنصف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذا ههنا .

٦٤٣٩ فصل

وكل امرأة تحرم ابنتها إذا أرضعت زوجته الصغير أفسدت نكاحه وحرمتها عليه ، ولزمها نصف الصداق ، فإن أرضعتها أمه صارت أخته ، وإن أرضعتها جدته صارت عمته أو خالته ، وإن أرضعتها أخته صارت بنت أخته ، وكل امرأة تحرم بنت زوجها إذا أرضعتها بابن زوجها حرمتها عليه وعليها نصف مهرها . كامرأة ابنه ، وامرأة أبيه ، وامرأة أخيه ، وامرأة جده ، لأنها إن أرضعتها امرأة أبيه بلبنه صارت أخته ، وإن أرضعتها امرأة ابنه صارت بنت ابنه ، وإن أرضعتها امرأة أخيه صارت بنت أخيه ، وإن أرضعتها امرأة جده بلبنه صارت عمته أو خالته ، وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه ، لأنها صارت ربيبة زوجها ، وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه .

ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح ، لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجته ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمة ، وإن أرضعتهما جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر ، وإن تزوج بنت عمته فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح ، لأنها إن أرضعت الزوج صار خالاً لها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته ، وإن تزوج ابنة خاله فأرضعت جدتها الزوج صار عم زوجته ، وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته ، وإن أرضعتها صارت خالة زوجها .

٦٤٤٠ فصل

وإن تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتاً له ، وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبة ، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد ، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، وإن تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت المرضعة على التأبيد لأنها من أمهات نسائه ، وإن تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة ، وانفسخ نكاحها ، وإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها ، وله نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد ، وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ، ثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها حرمت الصغيرة ، وانفسخ نكاحها ، ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها ، وإن طلقهما جميعاً فالحكم في التحريم على مامضى .

ولو تزوج رجل كبيرة ، وآخر صغيرة ، ثم طلقاها ، ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة ، حرمت عليهما الكبيرة ، وانفسخ نكاحها ، وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه ، وانفسخ نكاحها ، وإلا فلا .

٦٤٤١ فصـــل

وإن أرضعت بنت الـكبيرة الصغيرة فالحـكم في التحريم والفسخ حكم مالو أرضعتها الـكبيرة ، لأنها صارت جدتها ، والرجوع بالصداق على المرضعة التي أفسدت النكاح ، وإن أرضعتها أم الـكبيرة انفسخ نـكاحهما معاً ، لأنهما صارتا أختين ، فإن كان لم يدخل بالـكبيرة فله أن ينـكح من شاء منهما ، ويرجع على المرضعة بنصف صداقهما ، وإن كان قد دخل بالـكبيرة فله نـكاحها ، لأن الصغيرة لا عدة عليها ، وليس له نـكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الـكبيرة ، لأنها قد صارت أختها ، فلا ينكحها في عدتها ، وكذلك الحـكم إن أرضعتها جدة الـكبيرة ، لأنها تصير عمة الـكبيرة ، أو خالتها ، والجمع بينهما محرم ، وكذلك الحـكم إن أرضعتها أختها ، أو زوجة أخيها بلبنه ، لأنها صارت بنت أخت الـكبيرة ، أو بنت أخيه ، وكذلك إن أرضعتها بنت أخيها أو بنت أختها ، ولا يحرم في شيء من هـذا واحدة منهن على التأبيد ، لأنه تحريم جمع إلا إذا أرضعتها بنت الـكبيرة وقد دخل بأمها .

٦٤٤٢ فصـــل

ومن أفسد نـكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول غرم نصف صداقها ، وإن كان بعد الدخول فنص أحمد على أنه يرجع عليه بالمهر كله ، وهو مذهب الشافعي ، لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها .

والصحيح إن شاء الله تعالى : أنه لايرجع على المرضعة بعد الدخول بشيء ، لأنها لم تقرر على الزوج شيئاً ، ولم تلزمه إياه ، فلم يرجع عليها بشيء ، كما لو أفسدت نكاح نفسها ، ولأنه لوملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط إذا كانت المرأة هي المفسدة للنـكاح كالنصف قبل الدخول ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ماذكرناه فيما مضى ، ولذلك لايجب مهر المثل ، وإنما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول ، لأنها قررته عليه ، ولذلك يسقط إذا كانت هي المفسدة لنـكاحها ، ولم يوجد ذلك ههنا . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل إما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذي فوتته ، أو بالمهر الذي أداه ولايجوز أن يكون ببدل البضع ، لأنه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة إذا فات بفعلها أو بقتلها ، ولـكان الواجب لهـا مهر مثلها . ولا يجوز أن يجب له بدل ماأداه إليها لذلك ، ولأنها ماأوجبته ولا لها أثر في إيجابه ولا أدائه وتقريره .

ولا نعلم بينهم خلافاً في أنها إذا أفسدت نـكاح نفسها بعد الدخول أنه لايسقط مهرها ولا يرجع عليها بشيء إن كان أداه إليها ، ولا في أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها ، وأنه يرجع عليها بمـا أعطاها ، فلو دبت صغيرة إلى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهي نائمة ، وهما زوجتا رجل

انفسخ نكاح الكبيرة ، وحرمت على التأبيد ، فإن كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ، ولا مهر للصغيرة لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ، ولا يرجع به على مااخترناه ، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة لأنها فسخت نكاحها ، وإن ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلهما ، فيتقسط الواجب عليهما ، وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الكبيرة ، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة ، وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين .

٦٤٤٣ فصل

وإن أفسد النكاح جماعة تقسط المهر عليهم ، فلو جاء خمس فَسَقَيْنَ زوجة صغيرة من ابن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ، ولزمهن نصف مهرها بينهن ، فإن سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثاً فعلى الأولى الخمس : وعلى الثانية خُمْس وعُشر ، وإن سقتها واحدةشربتين وسقاها ثلاثٌ ثلاثَ شربات فعلى الأولى الخمس ، وعلى كل واحدة من الثلاث عُشر ، وإن كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في إناء وسقينه الصغيرة ، حرم الكبار وانفسخ نكاحهن ، فإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على إحدى الروايتين ، وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ، ترجع به على ضرتيها ، لأن فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما ، فسقط ماقابل فعلها ، وهوسدس الصداق ، وبقي عليه الثلث ، فرجع به على ضرتيها ، فإن كان صداقهن متساوياً سقط ولم يجب شيء ، لأنه يتقاص مالها على الزوج ، بما يرجع به عليها ، إذ لافائدة في أن يجب لها عليه مايرجع به عليها ، وإن كان مختلفاً وهو من جنس واحد تقاصا منه بقدر أقلهما ، ووجبت الفضلة به لصاحبها ، وإن كان من أجناس ثبت التراجع على ماذكرنا .

وإن كان قد دخل بإحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضاً ، وانفسخ نكاحها ، ووجب لها نصف صداقها ، ترجع به عليهن أثلاثاً . وللتي دخل بها المهر كاملا ، وفي الرجوع به ماأسلفناه من الخلاف ، وإن حلبن في إناء فسقته إحداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها إن كان قبل الدخول بهن ، لأنها أفسدت نكاحهن ويسقط مهرها إن لم يكن دخل بها ، وإن كان دخل بها فلها مهرها ، ولا ترجع به على أحد وإن كانت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فإن كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه ، وإن كان دخل بهن : فعليه لكل واحدة مهرها لايرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الأولى لأنها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها ، ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتاً

لزوجها فى الصحيح وينفسخ نـكاحها ، ويرجع بنصف صداقها عليهن ، على المرضعتين الأوليين منه أربعة أخماسه ، وعلى الثالثة خمسه لأن رضعتها الأولى حصل بها التحريم لـكمال الخمس بها والثانية لا أثر لها فى التحريم فلم يجب عليها بها شيء ولا ينفسخ نـكاح الأكابر لأنهن لم يصرن أمهات لها ، ولو كان لامرأته الـكبيرة خمس بنات لهن لبن فأرضعن امرأته الصغيرة رضاعاً تصير به إحداهن أما لها لحرمت أمها وانفسخ نـكاحها وهل ينفسخ نـكاح الصغيرة ؟ على روايتين ، وإن أرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة فالصحيح أن الـكبيرة لاتحرم بهذا لأن كونها جدة يبنى على كون ابنتها أما وما صارت واحدة من بناتها أما ويحتمل أن تحرم لأنه قد كمل لهـا من بناتها خمس رضعات ، وكذلك الحـكم لو أرضعتها بنتها رضعة ، وبنت ابنها رضعة ، وبنات بناتها ثلاث رضعات ، ولو كمل لها من زوجته بابنه ومن أمه وأخته وابنته وابنة ابنه خمس رضعات فعلى الوجهين أصحهما : لايثبت تحريمها وفى الآخر يثبت فعلى هذا الوجه ينفسخ نـكاحها ويرجع عليهن بما غرم من صداقها على قدر رضاعهن .

فإن قيل : فلم لايرجع عليهن على عدد رءوسهن ، لـكون الرضاع مفسداً فيستوى قليله وكثيره ، كما لو طرح النجاسة جماعة فى مائع فى حالة واحدة ؟ قلنا : لأن التحريم يتعلق بعدد الرضعات ، فـكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف النجاسة فإن التنجيس لايتعلق بقـدر فيستوى قليـله وكثيره ليـكون القليل والـكثير سواء فى الإفساد فنظير ذلك أن يشرب فى الرضعة من إحـداهما أكثر ممـا يشرب من الأخرى .

٦٤٤٤ فصـــــل

إذا كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نـكاحها ، كان مالزمه من صداق الصغيرة له فى رقبة الأمة ، لأن ذلك من جنايتها ، وإن أرضعتها أم ولده أفسدت نـكاحهـا وحرمتها عليه ، لأنها ربيبة دخل بأمهـا ، وتحرم أم الولد عليه أبداً ، لأنهـا من أمهات نسائه ولا غرامة عليها ، لأنها أفسدت على سيدها . فإن كان قد كاتبها رجع عليها لأن المـكاتبة يلزمها أرش جنايتها وإن أرضعت أم ولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نـكاحها ، وحرمتها عليه لأنها صارت أخته ، وإن أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لأنها صارت بنت ابنه ، ويرجع الأب على ابنه بأقل الأمرين ممـا غرمه لزوجته أو قيمتها ، لأن ذلك من جناية أم ولده ، وإن أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها ، لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده .

٦٤٤٥ مســــألة

قال : ﴿ ولو تزوج بـكبيرة وصغيرتين ، فأرضعت الـكبيرة الصغيرتين ، حرمت عليه الـكبيرة ،

وانفسخ نـكاح الصغيرتين ، ولا مهر عليه للـكبيرة ، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين ، وله أن ينـكح من شاء منهما ﴾ .

وأما تحريم الـكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء ، وأما انفساخ نـكاح الصغيرتين فلأنهما صارتا أختين واجتمعتا فى الزوجية ، فينفسخ نـكاحهما كما لو أرضعتا معاً ، ولا مهر للـكبيرة لأن الفساد جاء من قبلها ، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين لأنها أفسدت نـكاحهما ، وله أن ينـكح من شاء منهما ، لأن انفساخ نـكاحهما للجمع ، ولا يوجب تحريماً مؤبداً . وهـذا على الرواية التى قلنا إنها إذا أرضعت الصغيرة اختص الفسخ بالـكبيرة ، فأما على الرواية التى تقول : ينفسخ نـكاحهما معاً فإنه يثبت نـكاح الأخيرة من الصغيرتين ، لأن الـكبيرة لما أرضعت الأولى انفسخ نـكاحهما ، ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معهما فى النـكاح ، فلم ينفسخ نـكاحها . فأما إن كان دخل بالـكبيرة حرمت ، وحرمت الصغيرتان على التأبيد ، لأنهما ربيبتان قد دخل بأمهما .

٦٤٤٦ فصـــل

فإن أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نـكاحهما ، وهذا قول أبى حنيفة ، والمزنى ، وأحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : ينفسخ نـكاح الآخرة وحدها ، لأن سبب البطلان حصل بها ، وهو الجمع فأشبه مالو تزوج إحدى الأختين بعد الآخرى .

ولنا : أنه جامع بين بين الأختين فى النـكاح فانفسخ نـكاحهما كما لو أرضعتهما معاً .

وفارق مالو عقد على واحدة بعد الأخرى ، فإن عقدالثانية لم يصح فلم يصر به جامعاً بينهما ، وههنا حصل الجمع برضاع الثانية . ولا يمـكن القول بأنه لم يصح ، فحصلتا معاً فى نـكاحه وهما أختان لامحالة .

٦٤٤٧ فصـــل

وإن أرضعتهما بنت الـكبيرة فالحـكم فى الفسخ كما لو أرضعته الـكبيرة نفسها ، لأن الـكبيرة تصير جدة لهما ، ولـكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنـكاحهن .

٦٤٤٨ مســألة

قال ﴿ وإن كن الأصاغر[1] ثلاثافأرضعتهن منفردات ، حرمت الـكبيرة ، وانفسخ نـكاح المرضَعَتَيْن، أولا ، وثبت نـكاح آخر هن رضاعاً ، فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعـد ذلك معاً حرمت

(١) فى ١٨ ، ٢٩ : كان الأصاغر ، وفى ٢١ : كان الصغيرات ، فى الفقرة كلها .

الـكبيرة ، وانفسخ نـكاح الأصاغر ، وتزوج من شاء من الأصاغر وإن كان دخل بالـكبيرة حرم الـكل عليه على الأبد ﴾ .

إنما حرمت الـكبيرة لأنها صارت من أمهات النساء ، وانفسخ نـكاح المرضعتين أولا لأنهما صارتا أختين فى نكاحه ، وثبت نـكاح الأخيرة لأن رضاعها بعد انفساخ نـكاح الصغيرتين اللتين قبلها ، فلم يصادف إخوتها جمعاً فى النـكاح .

وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معاً ، بأن تلقم كل واحدة منهما ثدياً ، فيمتصان معاً أو تحلب من لبنهـا فى إناء فتسقيهما ، انفسخ نـكاح الجميع ، لأنهن صرن أخوات فى نـكاحه ، وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر ، لأن تحريمهن تحريم جمع ، لا تحريم تأبيد . فإنهن ربائب لم يدخل بأمهن . وإن دخل بالـكبيرة حرم الـكل على الأبد[1] ، لأنهن ربائب مدخول بأمهن . هذا على الرواية الأولى ، وعلى الأخرى : لمـا أرضعت الأولى انفسخ نـكاحها ونـكاح الـكبيرة لأنها صارت أمها ، واجتمعتا فى نـكاحه ، ثم ارتضعت الثانية ، فلم ينفسخ نـكاحها ، لأنها منفردة بالرضاع فى النـكاح فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نـكاحهما .

٦٤٤٩ فصــــل

فإن أرضعتهن بنت الـكبيرة فهو كما لو أرضعتهن أمها ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الأصاغر ، حرمت الـكبيرة بإرضاع أولاهن ، ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها ، لأنها أفسدت نـكاحها ، ولا ينفسخ نـكاح الأصاغر ، لأنهن لم يصرن أخوات ، وإنمـا هن بنات خالات . وعلى الرواية الأخرى ينفسخ نـكاح المرضعة الأولى لاجتماعها مع جدتها فى النـكاح ، ويثبت نـكاح الأخيرتين ، ويرجع بما لزمه من مهر التى فسد نـكاحها على التى أرضعتها . وإن كان دخل بالـكبيرة حرم الـكل عليه على الأبد ، ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التى أرضعتها . وإن قلنا : إنه يرجع بمهر الـكبيرة رجع به على المرضعة الأولى ، لأنها التى أفسدت نـكاحها .

٦٤٥٠ مســــألة

قال ﴿ وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النـكاح إذا كانت مرضية ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : إن كانت مرضية استحلفت . فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها ، وذهب فى ذلك إلى قول ابن عباس رضى الله عنهما ﴾ .

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة فى الرضاع إذا كانت مرضية ، وبهذا قال طاوس ،

(١) فى ١٨ : على التأبيد .

والزهرى ، والأوزاعى ، وابن أبى ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز . وعن أحمد رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين ، وهو قول الحكم ، لأن الرجال أكمل من النساء ، ولا يقبل إلا شهادة رجلين ، فالنساء أولى . وعن أحمد رواية ثالثة : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتستحلف مع شهادتها ، وهو قول ابن عباس ، وإسحاق ، لأن ابن عباس قال فى امرأة زعمت أنها أرضعت رجلا وأهله فقال : «إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته ، وقال إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها » ، يعنى يصيبها فيهما برص ، عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ، ولا يهتدى إليه رأى ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً . وقال عطاء ، وقتادة ، والشافعى : لا يقبل من النساء أقل من أربع ، لأن كل امرأتين كرجل . وقال أصحاب الرأى : لا يقبل فيه إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان . وروى ذلك عن عمر ، لقول الله تعالى : « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ »(١) .

ولنا : ماروى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » . متفق عليه وفى لفظ رواه النسائى قال : « فأتيته من قبل وجهه ، فقلت : إنها كاذبة . قال : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ؟ خل سبيلها » . وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة .

وقال الزهرى : فُرِّقَ بين أهل أبيات فى زمن عثمان رضى الله عنه بشهادة امرأة فى الرضاع . وقال وقال الأوزاعى : فَرَّقَ عثمانُ بين أربعة وبين نسائهم بشهادة امرأة فى الرضاع . وقال الشعبى : كانت القضاة تفرق بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة فى الرضاع . ولأن هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المنفردات كالولادة وعلى الشافعى بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فقبل فيه شهادة المرأة المنفردة كالخبر .

٦٤٥١ فصل

ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حيث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد أرضعتكما فقبل النبى صلى الله عليه وسلم شهادتها ولأنه فعل لايحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها . فإن قيل : فإنها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرماً ، قلنا ليس هذا من الأمور المقصودة التى ترد بها الشهادة ، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلاناً طلق زوجته وأعتق أمته قبل شهادتهما وإن كان يحل لهما نكاحهما بذلك .

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

٦٤٥٢ فصـــــل

ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا مفسرة،فلو قالت أشهد أن هذا ابن هذه الرضاع يقبل لأن الرضاع المحرم يختلف الناس فيه ، منهم من يحرم بالقليل ومنهم من يحرم بعد الحولين ، فلزم الشاهد تبيين كيفيته ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فيحتاج الشاهد أن يشهد أن هذا ارتضع من ثدى هذه خمس رضعات متفرقات خلص اللبن فيهن إلى جوفه في الحولين . فإن قيل : خلوص اللبن إلى جوفه لاطريق له إلى مشاهدته ، فكيف تجوز الشهادة ؟ قلنا : علم أن هذه المرأة ذات لبن ورأى الصبي قد التقم ثديها ، وحرك فمه في الامتصاص ، وحلقه في الاجتراع ، حصل ظن يقرب إلى اليقين أن اللبن قد وصل إلى جوفه ، ومايتعذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفى فيه بالظاهر ، كالشهادة بالملك ، وثبوت الدين في الذمة ، والشهادة على النسب بالاستفاضة .

ولو قال الشاهد : أدخل رأسه تحت ثيابها والتقم ثديها ، لا يقبل ، لأنه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدى ، وقد يأخذ الثدى ولا يمص ، فلابد من ذكر مايدل عليه . وإن قال : أشهد أن هذه أرضعت هذا فالظاهر أنه يكتفى في ثبوت أصل الرضاع ، لأن المرأة التي قالت : قد أرضعتكما ، اكتفى بقولها .

٦٤٥٣ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول : هى أختى من الرضاعة انفسخ النكاح ، فإن صدقته المرأة فلا مهر لها ، وإن كذبته فلها نصف المهر ﴾ .

وجملته أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إذا قال : وهمت ، أو أخطأت ، قبل قوله ، لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ، ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا .

ولنا : أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه ، كما لو أقر بالطلاق ثم رجع ، أو أقر أن أمته أخته من النسب ، وماقاسوا عليه غير مسلم ، وهذا الكلام في الحكم ، فأما فيما بينه وبين ربه فينبنى ذلك على علمه بصداقه ، فإن علم أن الأمر كما قال فهى محرمة عليه ، ولا نكاح بينهما ، وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله ، وقوله كذب لايحرمها عليه ، لأن المحرم حقيقة الرضاع لا القول ، وإن شك في ذلك ، لم نزل عن اليقين بالشك . وقيل في حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان ، والصحيح ماقلناه ، لأن قوله ذلك إذا كان كذباً لم يثبت التحريم كما لو قال وهى أكبر منه هى ابنتى من الرضاعة .

إذا ثبت هذا فإنه إن كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء لها ، لأنهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله لا يستحق فيه مهر . فأشبه مالو ثبت ذلك ببينة . وإن أكذبته فالقول قولها ، لأن قوله غير مقبول عليها فى إسقاط حقوقها ، فلزمه إقراره فيما هو حق له ، وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه ، ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر .

٦٤٥٤ فصـــل

فإن قال : هى عمتى ، أو خالتى ، أو ابنة أخى ، أو أختى ، أو أمى من الرضاع ، وأمكن صدقه ، فالحكم فيه كما لو قال . هى أختى ، لأنه لم يمكن صدقه مثل أن يقول لأصغر منه أو لمثله : هى أمى ، أو لأكبر منه أو لمثله : هذه ابنتى ، لم تحرم عليه . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : تحرم عليه لأنه إقرار[1] بما يحرمها عليه فوجب أن يقبل كما لو أمكن .

ولنا : أنه أقر بما تحقق كذبه فيه ، فأشبه مالو قال : أرضعتنى وإياها حواء ، أو كما لو قال : هذه حواء . وما ذكروه منتقض بهذه الصور ويفارق ما إذا أمكن ، فإنه لا يتحقق كذبه ، والحكم فى الإقرار بقرابته من النسب تحرمها عليه كالحكم فى الإقرار بالرضاع لأنه فى معناه .

٦٤٥٥ فصـــل

إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته ، فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما ، لأن شهادة الوالدة لولدها والوالد لولده غير مقبولة ، وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت ، وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده ، والولد على والده ، وفى ذلك روايتان . وإن ادعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل ، وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلى روايتين .

٦٤٥٦ مســـألة

قال ﴿ وإن كانت المرأة هى التى قالت : هو أخى من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبينة على ماوصفت فهى زوجته فى الحكم ﴾ .

وجملته : أن المرأة إذا أقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها فى فسخ النكاح لأنه حق عليها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأنها تقر بأنها لا تستحقه ، فإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها ، لأنه يقر بأنه حق لها ، وإن كان بعد الدخول ، فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له فى الوطء ، فلا مهر لها أيضاً ، لإقرارها بأنها زانية مطاوعة . وإن أنكرت

(١) فى ١٨ : لأنه أقر .

شيئاً من ذلك فاما المهر ، لأنه وطء بشبهة ، وهى زوجته فى ظاهر الحـكم ، لأن قولها عليه غير مقبول ، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمـكينه من وطئها ، وعليها أن تفر منه وتفتدى نفسها بمـا أمـكنها ، لأن وطأه لها زنا ، فعليها التخلص منه مهما أمكنها ، كما قلنا فى التى علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وجحدها ذلك .

وينبغى أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل ، لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها فى وجوب زائد عليه ، وإن كان الأقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه ، لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد ، فلا تستحق أكثر منه . وإن كان إقرارها بأخوته قبل النـكاح لم يجز لها نـكاحه ، ولا يقبل رجوعها عن إقرارها فى ظاهر الحـكم ، لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها ، فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها ، وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره ، وأمـكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك فى ظاهر الحـكم وأما فيما بينه وبين الله تعـالى فينبنى على علمه بحقيقة الحال على ماذكرناه .

٦٤٥٧ فصـــــل

وإن ادعى أحد الزوجين على الآخر أنه أقر أنه أخو صاحبه من الرضاع فأنـكر لم يقبل فى ذلك شهادة النساء المنفردات ، لأنها شهادة على الإقرار والإقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه إلى شهادة النساء المنفردات ، فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه .

٦٤٥٨ فصـــــل

كره أبو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات ، وقال عمر بن الخطاب ، وعمر بن عبد العزيز ، رضى الله عنهما : اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ، ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولأن لبن الفاجرة ربمـا أفضى إلى شبه المرضعة فى الفجور ، ويجعلها أما لولده ، فيتعير بها ، ويتضرر طبعاً وتعيراً ، والارتضاع من المشركة يجعلها أماً لها حرمة الأم مع شركها ، وربما مال إليها فى محبة دينها ، ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد فى الحمق ، فإنه يقال إن الرضاع يغير الطباع . والله تعالى أعلم .

كتاب النفقات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا)[1] ومعنى قدر عليه : أى ضيق عليه ، ومنه قوله سبحانه : (يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ)[2] أى يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء ، وقال الله تعالى : (قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ ، وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ)[3] .

وأما السنة فما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال : « اتقوا الله فى النساء ، فإنهن عَوَان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وأبو داود ، ورواه الترمذى بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال : « ألا إن لكم على نسائكم حقاً ، ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يُوطِئن فُرُشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن » . وقال هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : « يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى من النفقة مايكفينى وولدى . فقال : خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه . وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفايتها وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم ، وأن ذلك بالمعروف ، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه .

وأما الإجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن . ذكره ابن المنذر وغيره ، وفيه ضرب من العبرة ، وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلابد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده .

٦٤٥٩ مســـألة

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى : ﴿ وعلى الزوج نفقة زوجته مالا غناء بها عنه وكسوتها ﴾ .

وجملة الأمر : أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن . قال أصحابنا : ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً ، فإن كانا

---

(١) سورة الطلاق آية ٧ . (٢) سورة الشورى آية ١٢

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠

موسرين فلها عليه نفقة الموسرين ، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين ، وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين . وإن كانا أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر . وقال أبو حنيفة ومالك : يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها ، لقول الله تعالى : (وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ)[1] والمعروف : الكفاية ، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة ، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » فاعتبر كفايتها دون حالها زوجها ، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها ، فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه ، كنفقة المماليك ، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدّر ، فكان معتبراً بها كمهرها وكسوتها . وقال الشافعى : الاعتبار بحال الزوج وحده ، لقول الله تعالى : (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ مَا آتَاهَا)[2] ولنا : أن فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فيكون أولى .

٦٤٦٠ فصـــل

والنفقة مقدرة بالكفاية ، وتختلف باختلاف من تجب له النفقة فى مقدارها . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال القاضى : هى مقدرة بمقدار لايختلف فى القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز فى كل يوم فى حق الموسر والمعسر ، اعتباراً بالكفارات . وإنما يختلفان فى صفته وجودته لأن الموسر والمعسر سواء فى قدر المأكول ، وفيما تقوم به البنية ، وإنما يختلفان فى جودته ، فكذلك النفقة الواجبة . وقال الشافعى : نفقة المقتر مُدٌّ بمُدِّ النبى صلى الله عليه وسلم ، لأن أقل مايدفع فى الكفارة إلى الواحد مد ، والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال سبحانه : (مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ)[3] وعلى الموسر مدان ، لأن أكثر ماأوجب الله سبحانه للواحد مدان فى كفارة الأذى . وعلى المتوسط مد ونصف ، نصف نفقة الموسر ، ونصف نفقة الفقير .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، فأمرها بأخذ مايكفيها من غير تقدير ، ورد الاجتهاد فى ذلك إليها . ومن المعلوم أن قدر كفايتها لاينحصر فى المدين بحيث لايزيد عنهما ، ولا ينقص ، ولأن الله تعالى قال : (وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ)[4] وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وإيجاب

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) سورة الطلاق آية ٧
(٣) سورة المائدة آية ٨٩ (٤) سورة البقرة آية ١٣٣

أقل من الكفاية من الرزق ترك المعروف ، وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من مد أو من رطلى خبز إنفاق بالمعروف ، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة . واعتبار النفقة بالكفارة فى القدر لايصح ، لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ، ولا هى مقدرة لكفارة ، وإنما اعتبرها الشرع بها[1] فى الجنس دون القدر ، ولهذا لايجب فيها الأدم .

٦٤٦١ فصل

ولا يجب فيها الحب . وقال الشافعى : الواجب فيها الحب اعتباراً بالإطعام فى الكفارة ، حتى لودفع إليها دقيقا أو سويقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله ، كما لايلزم ذلك المسكين فى الكفارة . قال بعضهم يجىء على قول أصحابنا . أنه لايجوز وإن تراضيا ، لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلا .

ولنا : قول ابن عباس فى قوله تعالى : « من أوسط ماتطعمون أهليكم »[2] . قال الخبز والزيت ، وعن ابن عمر : الخبز والسمن ، والخبز والزيت ، والخبز والتمر . ومن أفضل ماتطعمونهن الخبز واللحم . ففسر إطعام الأهل بالخبز مع غيره من الأدم ، ولأن الشرع ورد بالإنفاق مطلقاً من غير تقييد ولا تقدير ، فوجب أن يرد إلى العرف كما فى القبض والإحراز . وأهل العرف إنما يتعارفون فيما بينهم فى الإنفاق على أهليهم الخبز والأدم دون الحب ، والنبى صلى الله عليه وسلم وصحابته إنما كانوا ينفقون ذلك دون ماذكروه ، فكان ذلك هو الواجب . ولأنها نفقة قدرها الشرع بالكفاية ، فكان الواجب الخبز كنفقة العبد ، ولأن الحب تحتاج فيه إلى طحنه وخبزه ، فمتى احتاجت إلى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته .

وفارق الإطعام فى الكفارة ، لأنها لاتتقدر بالكفاية ، ولا يجب فيها الأدم . فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز دراهم أو حباً أو دقيقاً أو غير ذلك لم يلزمه بدله ، ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لأنها معارضة ، فلا يجبر واحد منهما على قبوله[3] كالبيع . وإن تراضيا على ذلك جاز . لأنه طعام وجب فى الذمة لآدمى معين ، فجازت المعاوضة عنه كالطعام فى القرض .

ويفارق الطعام فى الكفارة ، لأنه حق الله تعالى ، وليس هو لآدمى معين فيرضى بالعوض عنه . وإن أعطاها مكان الخبز حباً أو دقيقاً جاز إذا تراضيا عليه ، لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة ، فإن الشارع لم يعتبر الواجب بأكثر من الكفاية ، فبأى شىء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب ، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد .

---

(١) أى بالكفارة . (٢) سورة المائدة آية ٨٩ .
(٣) فى ١٨ : على قبولها فالضمير عائد على المعاونة .

٦٤٦٢ فصـــــل

ويرجع فى تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيـا على شىء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم ، فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذى يأكله أمثالها ، وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد ، وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لـكل أحد على حسب حاله على ماجرت به العادة فى حق أمثاله ، وكذلك الأدم للموسرة تحت الموسر ، قدر حاجتها من أرفع الأدم من اللحم والأرز واللبن ومايطبخ به اللحم ، والدهن على اختلاف أنواعه فى بلدانه ، السمن فى موضع ، والزيت فى آخر ، والشيرج فى آخر ، وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه كالباقلا والخل والبقل والـكامخ وماجرت به عادة أمثالهم ، ومايحتاج إليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والأدم كل على حسب عادته .

وقال الشافعى : الواجب من جنس قوت البلدة لايختلف باليسار والإعسار سوى المقـدار والأدم هو الدهن خاصة ، لأنه أصلح للأبدان وأجود فى المؤنة ، لأنه لايحتاج إلى طبخ وكلفة ، ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد ، كالزيت بالشام ، والشيرج بالعراق ، والسمن بخراسان ، ويعتبر قدر الأدم بالقوت. فإذا قيل إن الرطل تـكفيه الأوقية من الدهن فرض ذلك ، وفى كل جمعة رطل لحم . فإن كان فى موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئاً ، وذكر القاضى فى الأدم مثل هذا . وهذا مخالف لقول الله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله »[1] ولقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ، ولا رزقها بالمعروف . وقد فرق الله عز وجل بين الموسر والمعسر فى الإنفاق ، وفى هذا جمع بين مافرق الله تعالى ، وتقدير الأدم بما ذكروه تحـكم لادليل عليه ، وخلاف العادة والعرف بين الناس فى إنفاقهم ، فلا يعرج على مثل هذا ، وقد قال ابن عمر : من أفضل ماتطعمون أهليـكم الخبز واللحم . والصحيح ماذكرناه من رد النفقة المطلقة فى الشرع إلى العرف فيما بين الناس فى نفقاتهم ، فى حق الموسر والمعسر والمتوسط ، كما رددناهم فى الـكسوة إلى ذلك . ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج . فاختلف جنسها بالإيسار والإعسار كالـكسوة .

٦٤٦٣ فصـــــل

وحكم المـكاتب والعبد حكم المعسر لأنهما ليس بأحسن حالا منه . ومن نصفه حر إن كان موسراً فحـكمه حكم المتوسط لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر .

---

(١) سورة الطلاق آية ٧ .

٦٤٦٤ فصـــل

ويجب للمرأة ماتحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها لأن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها . فأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه لأنه يراد للزينة ، وإن طلبه منها فهو عليه ، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهوكة[1] كدواء العرق لزمه ، لأنه يراد للتطيب ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ، لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه مايدعوه إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب ، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه ، كما لايلزم المستأجر بناء مايقع من الدار ، وحفظ أصولها ، وكذلك أجرة الحجام والفاصد .

٦٤٦٥ فصـــل

وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم ، لما ذكرنا من النصوص ، ولأنها لابد منها على الدوام ، فلزمته كالنفقة ، وهي معتبرة بكفايتها ، وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة ، ووافق أصحاب الشافعي على هذا ، ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم ، ففرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما . وماجرت عادة أمثالها به من الكسوة ، فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الأمر ، كنحو اجتهاده في المتعة للمطلقة ، وكما قلنا في النفقة .

فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والخز والإبريسم ، وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان ، وللمتوسطة تحت المتوسط : المتوسط من ذلك فأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ، ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه ، مما لاغنى عنه ، دون ماللتجمل والزينة ، والأصل في قول الله عز وجل : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[2] ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . والكسوة بالمعروف هي : الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسها ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » .

٦٤٦٦ فصـــل

وعليه لها ماتحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته . فإن كانت ممن

---

(١) السهوكة : ريح كريهة تجدها من عرق أو نحو ذلك (ف)

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣

عادته النوم فى الأكسية والبساط[1] فعليه لها لنومها ماجرت عادتهم به ، ولجلوسها بالنهار البساط والزلى[2] والحصير الرفيع أو الخشن ، الموسر على حسب إيساره[3] ، والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد .

٦٤٦٧ فصـــل

ويجب لها مسكن بدليل قوله سبحانه وتعالى : « أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ »[4] فإذا وجبت السكنى للمطلقة فللتى فى صلب النكاح أولى . قال الله تعالى : « وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »[5] ومن المعروف أن يسكنها فى مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون ، وفى التصرف والاستمتاع ، وحفظ المتاع : ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما لقول الله تعالى : « مِنْ وُجْدِكُمْ »[6] ولأنه واجب لها لمصلحتها فى الدوام ، يجرى النفقة والكسوة .

٦٤٦٨ فصـــل

فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوى الأقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى : « و عاشروهن بالمعروف »[7] : ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادماً ، ولأنه مما تحتاج إليه فى الدوام فأشبه النفقة ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها فى نفسها ، ويحصل ذلك بواحد ، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى إلا أن مالكا قال : إن كان لا يصلح المرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ، ونحوه قال أبو ثور : إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين .

ولنا : أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها ، والزيادة تراد لحفظ ملكها ، أو للتجمل وليس عليه ذلك .

إذا ثبت هذا : فلا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر إليها ، إما امرأة ، وإما ذو رحم محرم ، لأن الخادم يلزم[8] المخدوم فى غالب أحواله ، فلا يسلم من النظر ، وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب ؟ فيه وجهان . الصحيح منهما جوازه ، لأن استخدامهم مباح ، وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح إباحة النظر لهم .

---

(١) فى ١٨ : وعلى البسط .

(٢) الزلى : جاء فى الروض المربع جـ ٢ ص ١٧٢ ، قال : وزلى : أى بساط ، وعليه فهو عطف مرادف ، بما اشتهر على الألسن وهو لفظ غير عربى .

(٣) فى ٣٩ : على حسب يساره .

(٤) سورة الطلاق آية ٦

(٥) سورة النساء آية ١٩ .

(٦) سورة الطلاق آية ٦

(٧) سورة النساء آية ١٩ .

(٨) فى ١٨ ، ٣٩ يلازم المخدوم .

والثانى : لا يجوز ، لأن فى إباحة نظرهم اختلافاً ، وتعافهم النفس ، ولا يتنظفون من النجاسة ، ولا يلزم الزوج أن يملكها خادماً ، لأن المقصود الخدمة ، فإذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه إذا أسكنها داراً بأجرة جاز ، ولا يلزمه تمليكها مسكناً ، فإن ملكها الخادم فقد زاد خيراً ، وإن أخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز ، سواء كان له أو استأجره حراً كان أو عبداً ، وإن كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز ، وإن طلبت منه أجرة خادمها فوافقها جاز ، وإن قال : لاأعطيك أجر هذا ، ولكن أنا آتيك بخادم سواه ، فله ذلك إذا أتاها بمن يصلح ، وإن قالت أناأخدم نفسى وآخذ أجر الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك ، لأن الأجر عليه ، فتعيين الخادم إليه ، ولأن فى إخدامها توفيرها على حقوقه ، وترفيهها ، ورفع قدرها ، وذلك يفوت بخدمتها لنفسها ، وإن قال الزوج : أنا أخدمك بنفسى لم يلزمها ، لأنها تحتشمه ، وفيه غضاضة عليها ، لأن زوجها خادماً ، وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به ، لأن الكفاية تحصل به .

٦٤٦٩ فصــــل

وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته[1] من الكسوة والنفقة مثل ما لامرأة المعسر ، إلا أنه لايجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر ، لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف ، ولا يراد ذلك من الخادم ، لكن إذا احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك .

٦٤٧٠ مســــألة

قال : ﴿ فإن منعها مايجب لها أو بعضه ، وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف ، كما قال النبى صلى الله عليه وسلم لهند حين قالت . إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى من النفقة مايكفينى وولدى ؟ فقال : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ﴾ .

وجملته : أن الزوج إذا لم يدفع إلى امرأته مايجب لها عليه من النفقة والكسوة : أو دفع إليها أقل من كفايتها ، فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير إذنه ، بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » . وهذا إذن لها فى الأخذ من ماله بغير إذنه ورد لها إلى اجتهادها فى قدر كفايتها وكفاية ولدها ، وهو متناول لأخذ تمام الكفاية ولا يتممها لها ، فرخص النبى صلى الله عليه وسلم لها فى أخذ تمام الكفاية بغير علمه ، لأنه موضع حاجة فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها . فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها ، فرخص لها فى أخذ قدر نفقتها دفعاً لحاجتها ، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً ، فتشق المرافعة إلى الحاكم والمطالبة

---

(١) فى ١٨ : ومؤنتها .

بها فى كل الأوقات ، فلذلك رخص لها فى أخذها بغير إذن من هى عليه .

وذكر القاضى بينها وبين الدين فرقاً آخر : وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ، ما لم يكن فرضها لها ، فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها والإضرار بها بخلاف الدين ، فإنه عند أحمد بترك المطالبة ، فلا يؤدى ترك الأخذ إلى الإسقاط .

٦٤٧١ فصـــل

ويجب عليه دفع نفقتها إليها فى صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس ، لأنه أول وقت الحاجة ، فإن اتفقا على تأخيرها جاز ، لأن الحق لها ، فإذا رضيت بتأخيره جاز كالدين ، وإن اتفقا على تعجيل نفقة عام أو شهر أو أقل من ذلك أو أكثر أو تأخيره جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، فجاز من تعجيله وتأخيره مااتفقا عليه كالدين ، وليس بين أهل العلم خلاف فى هذا خلاف ماعلمناه .

فإن سلم إليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها ، لأنه دفع إليها ماوجب عليه دفعه إليها ، وإن أبانها بعد وجوب الدفع إليها لم تسقط نفقتها فيه ، ولها مطالبته بها ، لأنها قد وجبت ، فلم تسقط بالطلاق كالدين ، وإن عجل لها نفقة شهر أو عام ثم طلقها أو ماتت قبل انقضائه ، أو بانت بفسخ أو إسلام أحدهما أو ردته ، فله أن يسترجع نفقة سائر الشهر ، وبه قال الشافعى ، ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف لا يسترجعها ، لأنها صلة ، فإذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع .

ولنا : أنه سلم إليها النفقة سلفاً عما يجب فى الثانى ، فإذا وجد مايمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها إياها فنشزت ، أو عجل الزكاة إلى الساعى فتلف ماله قبل الحول . وقولهم إنها صلة : قلنا : بل بل هى عوض عن التمكين وقد فات التمكين ، وذكر القاضى أن زوج الوثنية والمجوسية إذا دفع إليها نفقة سنتين ثم بانت بإسلامه ، فإن لم يكن أعلمها أنها نفقة عجلها لها لم يرجع عليها ، لأن الظاهر أنه تطوع بها ، وإن أعلمها بذلك انبنى على معجل الزكاة إذا علم الفقير أنها زكاة معجلة ، ثم تلف المال . وفى الرجوع بها وجهان كذلك ههنا .

وكذلك ينبغى أن يكون فى سائر الصور مثل هذا ، لأنه تبرع بدفع مالا يلزمه من غير إعلام الآخذ بتعجيله ، فلم يرجع به كمعجل الزكاة ، ولو سلم إليها نفقة اليوم فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها لأنه برىء من الواجب بدفعه ، فأشبه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعى لها ، أو الدين بعد أخذ صاحبه له .

٦٤٧٢ فصـــل

و إذا دفع إليها نفقة فلها أن تتصرف فيها بما أحبت من الصدقة والهبة والمعاوضة ما لم يعد ذلك

عليها بضرر في بدنها ، وضعف في جسمها ، لأنه حق لها ، فلها التصرف فيه بما شاءت كالمهر ، وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها ، لأن فيه تفويت حقه منها ، ونقصاً في استمتاعه بها .

٦٤٧٣ فصــــل

وعليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة لأنها العادة ويكون الدفع إليها في أوله ، لأنه أول وقت الوجوب فإن بليت الكسوه في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى ، لأن ذلك وقت الحاجة إليها ، وإن بليت قبل ذلك لكثرة دخولها وخروجها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها ، لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في العرف . وإن مضى الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبل ، فهل يلزمه بدلها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه بدلها ، لأنها غير محتاجة إلى الكسوة .

والثاني : يلزمه ، لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة ، بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها .

ولو أهدى إليها كسوة لم تسقط كسوتها ، وإن أهدى إليها طعام[1] فأكلته وبقي قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه ، وإن كساها ثم طلقها قبل أن تبلى فهل له أن يسترجعها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لأنه دفعها للزمان المستقبل ، فإذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع إليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها .

والثاني : ليس له الاسترجاع ، لأنه دفع إليها الكسوة بعد وجوبها عليه ، فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع إليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها ، بخلاف النفقة المستقبلة .

٦٤٧٤ فصــــل

وإذا دفع إليها كسوتها فأرادت بيعها أو التصدق بها ، وكان ذلك يضربها . أو يخل بتجملها بها ، أو بسترتها ، لم تملك ذلك ، كما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضربها ، وإن لم يكن في ذلك ضرر احتمل الجواز ، لأنها تملكها فأشبهت النفقة ، واحتمل المنع ، لأن له استرجاعها لو طلقها في أحد الوجهين بخلاف النفقة .

٦٤٧٥ فصــــل

والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم ، وبه يقول مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، لعموم النصوص والمعنى .

---

(١) في ٣٩ : طعاماً .

٦٤٧٦ مســـــألة

قال ﴿ فإذا منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما ﴾ .

وجملته : أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ماينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه . وروى نحو ذلك عن عمر ، وعلى ، وأبى هريرة ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، وربيعة ، وحماد ، ومالك ، ويحيى القطان ، وعبد الرحمن بن مهدى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وذهب عطاء ، والزهرىّ ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، وصاحباه : إلى أنها لاتملك فراقه بذلك ، ولكن يرفع يده عنها لتكتسب ، لأنه حق لها عليه ، فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين . وقال العنبرى : يحبس إلى أن ينفق .

ولنا قول الله تعالى : « فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ »[1] . وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف ، فيتعين التسريح . وروى سعيد ، عن سفيان ، عن ابن أبى الزناد ، قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لايجد ماينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال : نعم . قال : سنة ؟ قال : سنة ، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم ، فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة مامضى ، ولأنه إذاثبت الفسخ بالعجز عن الوطء ـ والضرر فيه أقل لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه ـ فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التى لا يقوم البدن إلا بها أولى .

إذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار . وهذا أحد قولى الشافعى . وقال حماد بن أبى سليمان : يؤجل سنة ، قياساً على العنين . وقال عمر بن عبد العزيز : اضربوا له شهراً أوشهرين ، وقال مالك : الشهر[2] ونحوه ، وقال الشافعى فى القول الآخر : يؤجل ثلاثاً ، لأنه قريب .

ولنا ظاهر حديث عمر ، ولأنه معنى يثبت الفسخ ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه ، فوجب أن يثبت الفسخ فى الحال كالعيب ، ولأن سبب الفسخ الإعسار وقد وجد ، فلا يلزم التأخير .

٦٤٧٧ فصـــــل

وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ ، لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه ، وإن وجد فى أول النهار مايغديها ، وفى آخره مايعشيها لم يكن لها الفسخ ، لأنها تصل إلى كفايتها ، وما يقوم به بدنها ، وإن كان صانعاً يعمل فى الأسبوع ما يبيعه فى يوم بقدر كفايتها

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩ .
(٢) فى ٣٩ : شهراً أو نحوه .

فى الأسبوع كله لم يثبت الفسخ ، لأن هـذا يحصل الـكفاية فى جميع زمانه وإن تعذر عليه الـكسب فى بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ ، لأنه يمـكن الاقتراض إلى زوال العارض وحصول الاكتساب وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ ، لأن ذلك يزول عن قريب ، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس(١) ، وإن مرض مرضاً يرجى زواله فى أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه ، وإن كان ذلك يطول فلها الفسخ ، لأن الضرر الغالب يلحقها ، ولا يمـكنها الصبر ، وكذلك إن كان لا يجد من النفقة إلا يوماً دون يوم فلها الفسخ ، لأنهـا لا يمـكنها الصبر على هذا ، ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت ، وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ، لأن البدن لا يقوم بما دونها . وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها ، لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمـكن الصبر منها ويقوم البدن بما دونها وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرنا وكذلك إن أعسر بالأدم ، وإن أعسر بالـكسوة فلها الفسخ ، لأن الـكسوة لابد منها ولا يمـكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها ، وإن أعسر بأجرة مسكن ففيه وجهان :

أحدهما : لها الخيار لأنه مما لابد منه فهو كالنفقة والـكسوة .

والثانى : لا خيار لها لأن البنية تقوم بدونه وهذا الوجه هو الذى ذكر القاضى ، وإن أعسر بالنفقة الماضية لم يـكن لها الفسخ لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون .

الحال الثانى : أن يمتنع من الإنفاق مع يساره فإن قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر هنداً بالأخذ ولم يجعل لها الفسخ وإن لم تقدر رافعته إلى الحاكم فيأمره بالإنفاق ويجبره عليه . فإن أبى حبسه فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باعها فى ذلك ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة النفقة فى ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضاً إلا بتسليم لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يـكفيك » ولم يفرق ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره . وإن تعذرت النفقة فى حال غيبته وله وكيل فحـكم وكيله حكمه فى المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه وإن لم يـكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الأخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه فى ذلك إذا لم تجد ما تنفق سواه وينفق على المرأة يوماً بيوم ، وبهذا قال الشافعى ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأى يفرض لها فى كل شهر .

---

(١) فى ١٨ : أكثر الناس .

ولنا : أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها نفقة زيادة عن شهر .

٦٤٧٨ فصـــــل

وإن غيب ماله وصبر على الحبس ، ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه ، أو لم يقدر على أخـذ النفقة من مال الغائب ، فلها الخيار فى الفسخ فىظاهر قول الخرقى ، واختيار[1] أبى الخطاب . واختار القاضى : أنها لاتملك الفسخ ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن الفسخ فى المعسر لعيب الإعسار ، ولم يوجد هاهنا ولأن الموسر فى مظنة إمكان الأخذ من ماله ، وإذا امتنع فى يوم فربما لايمتنع فى الغد ، بخلاف المعسر .

ولنا أن عمر رضى الله عنـه كتب فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، وهـذا إجبار على الطلاق عنـد الامتناع من الإنفاق ، ولأن الإنفاق عليها من ماله يتعذر ، فـكان لها الخيـار كحال الإعسار ، بل هذا أولى بالفسخ ، فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور ، فعلىغيره أولى ، ولأن فى الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ ، فوجبت إزالته ، ولأنه نوع تعذر يجوِّز الفسخ ، فلم يفترق الحال بين الموسر والمعسر ، كما إذا أدى ثمن المبيع ، فإنه لافرق فى جواز الفسخ بين أن يكون المشترى معسراً ، وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ، وعيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق ، بدليـل أنه لو اقترض ماينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ماينفقه لم تملك الفسخ وقولهم : إنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا . قلنـا : وكذلك المعسر ، يحتمل أن يغنيه الله ، وأن يقترض ، أو يعطى ماينفقه فاستويا .

٦٤٧٩ فصـــــل

ومن وجبت عليه نفقة امرأته ، وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها ، فإن كانت موسرة فله ذلك لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أى أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك لأن قضاء الدين إنما يجب فى الفاضل من قوته ، وهذا لايفضل عنها . ولأنّ الله تعالى أمر بإنظار المعسر بقوله سبحانه : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)[2] ، فيجب إنظارها بما عليهـا .

٦٤٨٠ فصـــــل

وكل موضع ثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيـه ، فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ، ولا يجوز له التفريق إلا أن تطلب المرأة ذلك ، لأنه لحقها ، فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة ، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لارجعة له فيه . وبهذا قال الشافعى ، وابن المنذر . وقال

(١) فى ١٨ : وهو اختيار أبى الخطاب .
(٢) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

مالك : هو تطليقة ، وهو أحق بها إن أيسر في عدتها ، لأنه تفريق لامتناعه من الواجب عليه لها ، فأشبه تفريقه بين المُولِي وامرأته إذا امتنع من الفيئة والطلاق .

ولنا : أنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليه ، أشبهت فرقة العُنة ، فأما إن أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت في العدة ، فإن راجعها وهو معسر ، أو امتنع من الإنفاق عليها ، ولم يمكن الأخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ ، فللحاكم الفسخ ، لأنّ المقتضى له باق أشبه ماقبل الطلاق .

٦٤٨١ فصـــل

وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه ، ثم بدا لها الفسخ ، أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته ، وترك إنفاقه ، أو شرط عليها أن لاينفق عليها ، ثم عن لها الفسخ فلها ذلك ، وبهـذا قال الشافعي . وقال القاضي : ظاهر كلام أحمـد : ليس لها الفسخ ، ويبطل خيارها في الموضعين ، وهو قول مالك ، ، لأنها رضيت بعيبه ودخلت في العقد عالمة به ، فلم تملك الفسخ كالو تزوجت عنيناً عالمة بعنته أو قالت بعد العقد : قد رضيت به عنيناً .

ولنا : أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم ، فيتجدد لها الفسخ ، ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبـل البيع ، ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ، ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النـكاح لم يسقط ، وإذا لم يسقط وجوبهـا لم يسقط الفسخ الثابت به ، وإن أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ ، لأن وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقة ، ولو تزوجته عالمـة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي أن لاتملك الفسخ بإعساره به ، لأنهـا رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط .

٦٤٨٢ فصـــل

إذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمـكين من الاستمتاع ، لأنه لم يسلم إليها عوضه ، فلم يلزمهـا تسليمه كالو أعسر المشترى بثمن المبيع لم يجب تسليمه إليـه ، وعليه تخلية سبيلها لتـكتسب لها وتحصل ماتنفقه على نفسها لأن في حبسها بغير نفقة إضراراً بها ، ولو كانت موسرة لم يـكن له حبسها ، لأنه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤنة وأغناها عما لابد لها منـه ، ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب عليها ، فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها .

٦٤٨٣ فصـــل

ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك ، وكان ديناً في ذمته ، سواء تركه لعذر أو

غير عـذر فى أظهر الروايتين : وهذا قول الحسن ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنـذر .
والرواية الأخرى : تسقط نفقتها مالم يكن الحاكم قد فرضها لها ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأنهـا نفقة تجب يوماً فيوماً ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم ، كنفقة الأقارب ، ولأن نفقة الماضى قد استغنى عنها بمضى وقتها ، فتسقط كنفقة الأقارب .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا . فإن طلقوا بعثوا بنفقة مامضى . ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار فلم يسقط بمضى الزمان كأجرة العقار والديون ، قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ماوجب بهذه الحجج إلا بمثلها ، ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة .

وفارق نفقة الأقارب ، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، وجبت لتزجية الحال ، فإذا مضى زمنها[1] استغنى عنها فأشبه مالو استغنى عنها بيساره ، وهذه بخلاف ذلك ، إذا ثبت هذا فإنه إن ترك الإنفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها ، وإن تركها لإعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر لأن الزائد سقط بإعساره .

٦٤٨٤ فصـــــل

ويصح ضمان النفقة ماوجب منها ، وما يجب فى المستقبل إذا قلنا إنها تثبت فى الذمة . وقال الشافعى : يصح ضمان ماوجب ، وفى ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين ؟ ومبنى الخلاف على ضمان مالم يجب إذا كان ماله إلى الوجوب ، فعندنا يصح ، وعندهم لا يصح ، وقد ذكرنا ذلك فى باب الضمان .

٦٤٨٥ فصـــــل

وإن أعسر بنفقة الخادم أو الأدم أو المسكن ثبت ذلك فى ذمته . وبهذا قال الشافعى ، وقال القاضى : لا يثبت ، لأنه من الزوائد ، فلم يثبت فى ذمته كالزائد عن الواجب عليه .

ولنا : أنها نفقة تجب على سبيل العوض ، فتثبت فى الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً . وفارق الزائد عن نفقة المعسر ، فإنه يسقط بالإعسار .

٦٤٨٤ فصـــــل

وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ، ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها حسب عليهـا ماأنفقته من ميراثها ، سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم . وبهذا قال أبو العالية ، ومحمد بن سيرين ،

---
(١) فى ١٨ : وقتها .

والشافعي ، وابن المنذر ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، لأنها أنفقت مالا تستحق . وإن فضل لهـا شيء فهو لها ، وإن فضل عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه ، وإن لم يـكن لها شيء من ذلك كان الفضل ديناً عليها ، والله أعلم .

٦٤٨٧ فصـــــل

وإن أعسر الزوج بالصداق ففيه ثلاثة أوجه ، أصحها : ليس لها الفسخ ، وهو اختيار ابن حامد .

والثاني : لها الفسخ ، وهو اختيار أبي بكر ، لأنه أعسر بالعوض ، فـكان لها الرجوع في المعوض ، كما لو أعسر بثمن مبيعها .

والثالث : إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشترى والمبيع بحاله ، وإن كان بعد الدخول لم تملك الفسخ ، لأن المعقود عليه قد استوفى ، فأشبه مالو أفلس المشترى بعد تلف المبيع أو بعضه .

ولنا : أنه دين فلم يفسخ النـكاح للإعسار به كالنفقة الماضية ، ولأن تأخيره ليس فيه ضرر مجحف ، فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية ، ولأنه لا نص فيه ، ولا يصح قياسه على الثمن المبيع[1] لأن الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله ، والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النـكاح ، ولذلك لا يفسد النـكاح بفساده ، ولا بترك ذكره ، والعادة تأخيره ، ولأن أكثر من يشترى بثمن حالّ يكون موسراً به ، وليس الأكثر أن من تزوج بمهر يكون موسراً به ، ولا يصح قياسه على النفقة ، لأن الضرورة لا تندفع إلا بها ، بخلاف الصداق ، فأشبه شيء به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه .

وإذا قلنا : لها الفسـخ للإعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خيار لها وجهاً واحداً ، لأنها رضيت به كذلك ، وكذلك إن علمت عسرته بعد العقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ ، لأنها رضيت بإسقاط حقها بعد وجوبه ، فسقط كما لو رضيت بعينه .

٦٤٨٨ فصـــــل

ونفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها ، لأن كل واحد منهما ينتفع بها ، ولـكل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما إسقاطها ، لأن في سقوطها بإسقاط أحدهما ضرراً بالآخر ، وإن أعسر الزوج بهـا فلها الفسخ لأنه عجز عن نفقتها فملـكت الفسخ كالحرة ، وإن لم تفسخ فقال القاضي : لسيدها الفسخ ، لأن عليه ضرراً في عدمها ، لمـا يتعلق بفواتها من فوات ملـكه وتلفه . فإن أنفق عليها سيدها محتسباً بالرجوع فله الرجوع بهـا على الزوج ، رضيت بذلك أو كرهت ، لأن

(١) في ١٨ : على ثمن المبيع . وفي ٢٩ : على الثمن في المبيع .

الدين خالص حقه لاحق لها فيه ، وإنما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها إليها وقوام بدنها بها ، بخلاف الماضية ، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعى : ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لأنها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها ، كالفسخ للعيوب . فإن كانت معتوهة أنفق المولى وتـكون النفقة ديناً فى ذمة الزوج ، وإن كانت عاقلة قال لهـا السيد : إن أردت النفقة فافسخى النـكاح ، وإلا فلا نفقة لك عندى .

٦٤٨٩ فصـــل

وإن اختلف الزوجان فى الإنفاق عليها أو تقبيضها[1] نفقتها ، فالقول قول المرأة ، لأنها منـكرة ، والأصل معها وإن اختلفا فى التمـكين الموجب للنفقة أو وقته فقالت كان ذلك من شهر ، فقال : بل من يوم ، فالقول قوله ، لأنه منـكر والأصل معه وإن اختلفا فى يساره فادعته المرأة أو الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين ، أو قالت : كنت موسراً وأنـكر ذلك ، فإن عرف له مال فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله ، وبهذا كله قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وإن اختلفا فى فرض الحاكم للنفقة أو فى وقتها فقال : فرضها منذ شهر فقالت : بل منذ عام فالقول قوله ، وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : إن كان مقيماً معها فالقول قوله ، وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم .

ولنـا : أن قوله يوافق الأصل فقدم كما لو كان مقيماً معها ، وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين ، لأنها دعوى[2] فى المال فأشبهت دعوى الدين ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ولـكن اليمين على المدعى عليه » ، وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة ، أو بعث به إليها فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة ، وقال : بل وفاء للواجب على ، فالقول قوله ، لأنه أعلم بنيته ، أشبه مالو قضى دينه ، واختلف هو وغريمه فى نيته . وإن طلق امرأته وكانت حاملاً فوضعت فقال : طلقتك حاملا ، فانقضت عدتك بوضع الحمل ، وانقطعت نفقتك ورجعتك ، وقالت : بل بعد الوضع فلى النفقة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ، لأن الأصل بقاء النفقة وعدم المسقط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج لإقراره بعدمها ، وإن رجع فصدقها[3] فله الرجعة ، لأنها مقرة له بها وإن قال طلقتك بعد الوضع فلى الرجعة ولك النفقة وقالت بل وأنا حامل فالقول قوله لأن الأصل بقاء الرجعة ولا نفقة لها ولا عدة عليها لأنها حق الله تعالى فالقول قولها فيها ، وإن عاد فصدقها سقطت رجعته ، ووجب لها النفقة ، هذا فى ظاهر الحـكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى على مايعلمه من حقيقة الأمر دون ماقاله .

---

(١) فى ١٨ : إقباضها . فى ٢٩ : قبض .

(٢) فى المطبوعة : دعاو . ولعله : دعاوى . ورجحنا فى ١٨ . (٣) فى ١٨ . وصدقها .

٦٤٩٠ فصل

وإن طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ، ثم تُرَى القوابل بعد ذلك ، لأن الحمل يبين بعد ثلاثة أشهر ، إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره ، فتنقطع نفقتها كما تنقطع إذا قال القوابل : ليست حاملا ، ويرجع عليها بما أنفق لأنها أخذت منه مالا تستحقه فرجع عليها كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يرجع عليها ، لأنه أنفق عليها بحكم آثار النكاح ، فلم يرجع به كالنفقة فى النكاح الفاسد إذا تبين فساده وإن علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغى أن يرجع عليها قولا واحداً لأنها أخذت النفقة مع علمها ببراءتها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه . وإن ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة ، ويرجع فى مدة العدة إليها ، لأنها أعلم بها ، فالقول قولها فيها مع يمينها . فإن قالت : قد ارتفع حيضى ولم أدر مارفعه فعدتها سنة إن كانت حرة ، وإن قالت : قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة إلى ذلك ، ويرجع عليها بالزائد ، وإن قالت : لا أدرى متى آخرها رجعنا إلى عادتها فحسبنا لها بها . وإن قالت : عادتى تختلف ، فتطول وتقصر ، انقضت العدة بالأقصر ، لأنه اليقين ، وإن قالت عادتى تختلف ولا أعلم ، رددناها إلى غالب عادات النساء فى كل شهر قرء ، لأنا رددنا المتحيرة ، إلى ذلك فى أحكامها ، فكذلك هذه .

وإن بان أنها حامل من غيره مثل أن تلده بعد أربع سنين ، فلا نفقة عليه لمدة حملها ، لأنه من غيره وإن كانت رجعية فلها النفقة فى مدة عدتها ، فإن كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة إلى إنقضائها ، وإن حملت فى أثناء عدتها فلها النفقة إلى الوطء الذى حملت ، ثم لانفقة لها حتى تضع حملها ، ثم تكون لها النفقة فى تمام عدتها . وإن وطئها زوجها فى العدة الرجعية حصلت الرجعة . وإن قلنا : لاتحصل فالنسب لاحق به ، وعليه النفقة لمدة حملها . وإن وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطىء البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ، ولا نفقة عليه من أجله ، وإن جهل بينونتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه نسبه ، وفى وجوب النفقة عليه روايتان ،

٦٤٩١ مسألة

قال : ﴿ ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده ، الذكور والإناث إذا كانوا فقراء ، وكان له ماينفق عليهم ﴾ .

والأصل فى وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله

تعـالى : « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ[١] » أوجب أجر رضاع الولد على أبيه . وقال سبحانة : « وعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ[٢] » وقال سبحانه : « وقَضَى رَبُّكَ أَنْ لاَ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا[٣] » ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما . ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » ، متفق عليه وروت عائشة أن النبي صلى الله علية وسلم قال : « إن أطيب ماأكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » . رواه أبو داود . وأما الإجماع فحكى ابن المنذر قال . أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة فى مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لامال لهم . ولأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله .

إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وحكى عن مالك : أنه لانفقة عليها ولا لها لأنها ليست عصبة لولدها .

ولنا : قوله سبحانه : « وبالوالدين إحساناً » وقال النبي صلى الله عليه وسلم لرجل سأله من أبر ؟ قال: « أمك ، ثم أمك ، ثم أمك ، ثم أباك ، ثم الأقرب فالأقرب » . رواه أبو داود . ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الأب . فإن أعسر الأب وجبت النفقة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أيسر . وقال أبو يوسف ومحمد ترجع عليه .

ولنا : أن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب .

٦٤٩٢ فصــــل

ويجب الإنفاق على الأجداد والجدات وإن علوا وولد الولد وإن سفلوا وبذلك قال الشافعى والثورى وأصحاب الرأى . وقال مالك لاتجب النفقة عليهم ولا لهم لأن الجد ليس باب حقيقى .

ولنا : قول سبحانه : « وعلى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ[٤] » ولأنه يدخل فى مطلق اسم الولد والوالد بدليل أن الله تعالى قال : « يُوصِيكُمُ اللهُ فى أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ[٥] » فيدخل فيهم ولد البنين وقال : « ولأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ[٦] » وقال :

---

(١) سورة الطلاق آية ٦ .
(٢) سوره البقرة آية ٢٣٣
(٣) سورة الاسراء آية ٢٣ .
(٤) سورة البقره ٢٣٣ .
(٥) سورة النساء آية ١١
(٦) سوره النساء آيه ١١

« مِـلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ[(١)] » ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريبين .

٦٤٩٣ فصـــل

ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط .

أحدها : أن يكونوا فقراء لامال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم ، لأنها تجب على سبيل المواساة ، والموسر مستغن عن المواساة .

الثانى أن يكون لمن تجب عليه النفقة ماينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه ، إما من ماله ، وإما من كسبه . فأما من لايفضل عنه شيء فليس عليه شيء لما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن فضل فعلى عياله ، فإن كان فضل فعلى قرابته[(٢)] » وفى لفظ : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » . حديث صحيح .

وروى أبو هريرة : « أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله عندى دينار قال : تصدق به على نفسك ، قال عندى آخر ، قال : تصدق به على ولدك ، قال عندى آخر . قال : تصدق به على زوجك . قال : عندى آخر . قال : تصدق به على خادمك . قال : عندى آخر . قال : أنت أبصر » رواه أبو داود[(٣)] ، ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة .

الثالث : أن يكون المنفق وارثاً ، لقول الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك[(٤)] » ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس ، فينبغى أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فإن لم يكن وارثاً لعدم القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون أحدهما رقيقاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف ، لأنه لا ولاية بينهما ولا إرث فأشبه الأجنبيين ، ولأن العبد لامال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغنى بها عن نفقة غيره .

---

(١) سورة الحج آية ٧٨

(٢) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود النسائى عن جابر وفى آخر مسلم زيادة ج ٢ ص ٦٩٣ « فإن فضل عن ذى قرابتك شيء فهكذا وهكذا ، يقول : فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك » . ف

(٣) وأخرجه المحاسبى فى المكاسب عن يزيد بن هارون . وفيه (شأنك به) بدلا من (أنت أبصر) .

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

والثـانى : أن يـكون دينهما مختلفاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه ، وذكر القاضى فى عمودى النسب روايتين .

إحـداهما : تجب النفقة مع اختـلاف الدين ، وهو مذهب الشافعى ، لأنها نفقة تجب مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوكة ، ولأنه يعتق على قريبه فيجب . عليه الإنفاق عليه ، كما لو اتفق دينهما .

ولنا : أنها مواساة على سبيل البر[1] والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين ، كنفقة غير عمودى النسب ، ولأنهما غير متوارثين فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقته بالقرابة كما لو كان أحدهما رقيقاً ، وتفارق نفقه الزوجات ، لأنها عوض يجب مع الإعسار ، فلم ينافها اختلاف الدين كالصداق والأجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو فى أحدهما ، وكذلك نفقة المماليك والعتق عليه يبطل بسائر ذوى الرحم المحرم فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه ، ولأن هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وعقله عنه وإرثه منه .

الثالث : أن يكون القريب محجوباً عن الميراث بمن هو أقرب منه ، فينظر فإن كان الأقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شىء على المحجوب به ، لأن الأقرب أولى بالميراث منه ، فيـكون أولى بالإنفاق . وإن كان الأقرب معسراً وكان من ينفق عليه من عمودى النسب وجبت نفقته على الموسر وذكر القاضى فى أب معسر ، وجَدٍّ موسر ، أن النفقة على الجد ، وقال فى أم معسرة وجدة موسرة : النفقة على الجدة . وقد قال أحمد : لا يدفع الزكاة إلى ولد ابنته ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إن ابنى هذا سيد »[2] فسماه ابنه وهو ابن ابنته ، وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم . وهذا مذهب الشافعى .

وإن كان من غير عمودى النسب لم تجب النفقة عليه إذا كان محجوباً ، قال القاضى ، وأبو الخطاب فى ابن فقير وأخ موسر : لا نفقة عليهما ، لأن الإبن لا نفقة عليه لعسرته ، والأخ لا نفقة عليه لعدم إرثه ، ولأن قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له ، فإذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوى الرحم ويتخرج فى كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسراً وجهان .

أحدهما : لا نفقة عليه ، لأنه ليس بوارث أشبه الأجنبى . والثانى : عليه النفقة ، لوجود القرابة المقتضية

---

(١) فى ١٨ : للبر .

(٢) قال ﷺ « ان إبنى هذا - يعنى الحسن بن على - سيد وسيصلح الله به بين فئتين عظيمتين من المسلمين » أخرجه البخارى ومسلم عن أبى بكرة ف

للإرث والإنفاق ، والمـانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه .

٦٤٩٤ فصـــــل

فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب ، فإن كانوا من غير عمودى النسب فلا نفقة عليهم . نص عليه أحمد فقال : الخالة والعمة لا نفقة عليهما ، قال القاضى : لا نفقة لهم رواية واحدة ، وذلك لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث ، فهم كسائر المسلمين ، فإن المـال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث ، وذلك الذى يأخذه بيت المـال ولذلك يقدم الرد عليهم وقال أبو الخطاب : يخرج فيهم رواية أخرى : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوى الفروض لأنهم وارثون فى تلك الحال ، قال ابن أبى موسى : هذا يتوجه على معنى قوله ، والأول هو المنصوص عنه .

فأما عمود النسب فذكر القاضى ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم سواء كانوا من ذوى الأرحام كأبى الأم ، وابن البنت ، أم من غيرهم ، وسواء كانوا محجوبين أو وراثين . وهذا مذهب الشافعى . وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية . وبعضية ، وتقتضى رد الشهادة ، وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل ، فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الأب الأدنى .

٦٤٩٥ فصـــــل

ولا يشترط فى وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ، ولا نقص الأحكام فى ظاهر المذهب ، وظاهر كلام الخرقى ، فإنه أوجب نفقتهم مطلقاً إذا كانوا فقراء وله ماينفق عليهم ، وقال القاضى :لا يشترط فى الوالدين وهل يشترط ذلك فى الولد ؟ فكلام أحمد يقتضى روايتين . إحداهما : تلزمه نفقته لأنه فقير . والثانية : إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته وهذا القول يرجع إلى أن الذى لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الأحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن ، وإنما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه ، وقال الشافعى يشترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة ، وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحيحاً انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج ، ونحوه قال مالك ، إلا أنه قال : ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ثم لا نفقة لهن . وإن طلقن ، ولو طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند : «خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » ، لم يستثن منهم بالغاً ولا صحيحاً ، ولأنه والد أو ولد فقير ، فاستحق النفقة على والده أو ولده الغنى كما لو كان زمناً أو مكفوفاً ، فأما الوالد فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً إذا لم يكن ذا كسب وللشافعى فى ذلك قولان . ولنا أنه والد محتاج فأشبه الزَّمِن .

٦٤٩٦ فصـــل

ومن كان له أب من أهل الإنفاق لم تجب نفقته على سواه . لأن الله تعالى قال : (فإن أرضَعْنَ لـكم فآتوهُنَّ أجورَهُنَّ »[1] وقال « وعلى المولودِ له رِزْقهنَّ وكسوتُهُنَّ »[2] وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، فجعل النفقة على أبيهم دونها . ولا خلاف فى هذا نعلمه ، إلا أن لأصحاب الشافعى فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين . أحدهما : أن النفقة على الأب وحده : والثانى : عليهما جميعاً ، لتساويهما فى القرب .

ولنا أن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه .

٦٤٩٧ فصـــل

ويلزم الرجل إعفاف ابنه إذا احتاج إلى النـكاح ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، ولهم فى إعفاف الأب الصحيح وجه آخر : أنه لا يجب ، وقال أبو حنيفة : لا يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لأن ذلك من أعظم الملاذ فلم تجب للأب كالحلواء ولأنه أحد الأبوين فلم يجب ذلك له كالأم .

ولنـا : أن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحـلواء لأنه لا يستضر بفقدها وإنما يشبه الطعام والأدْم ، وأما الأم فإنما إعفافها بتزويجها إذا طلبت ذلك وخطبها كفؤها ، ونحن نقول بوجوب ذلك عليه وهم يوافقوننا فى ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يجب إعفاف من لزمت نفقته من الآباء والأجداد ، فإن اجتمع جدان ولم يمـكن إلا إعفاف أحدهما قدم الأقرب ، إلا أن يـكون أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم ، فيقدم الذى من جهة الأب ، وإن بعد ، لأنه عصبة ، والشرع قد اعتبر جهته فى التوريث والتعصيب ، فـكذلك فى الإنفاق والاستحقاق .

٦٤٩٨ فصـــل

وإذا وجب عليه إعفاف أبيه فهو مخير إن شاء زوجه حرة . وإن شاء ملـكه أمة ، أو دفع إليه ما يتزوج به حرة أو يشترى به أمة ، وليس للأب التخيير عليه إلا أن الأب إذا عين امرأة وعين الإبن أخرى وصداقهما واحد ، قدم تعيين الأب ، لأن النـكاح له ، والمؤنة واحدة ، فقدم قوله ، كما لو عينت البنت كفؤاً وعين الأب كفؤاً يقدم تعيينها ، وإن اختلفا فى الصداق لم يلزم الإبن الأكثر ، لأنه إنما يلزم أقل ما تحصل به الـكفاية ، ولـكن ليس له أن يزوجه أو يملـكه قبيحة أو كبيرة لا استمتاع فيها ،

---

(١) سورة الطلاق آية ٦ . (٢) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

وليس له أن يزوجه أمة ، لأن فيه ضرراً عليه . وهو إرقاق ولده ، والنقص فى استمتاعه ، وإن رضى الأب بذلك لم يجز ، لأن الضرر يلحق بغيره وهو الولد ، ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة ، وإذا زوجه زوجة أو ملـكه أمة فعليه نفقته ونفقتها ، ومتى أيسر الأب لم يكن للولد استرجاع ما دفعه إليه ، ولا عوض ما زوجه به ، لأنه دفعه إليه فى حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة ، وإن زوجـه أو ملـكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملـكه ثانياً لأنه فوت ذلك على نفسه ، وإن ماتتا فعليه إعفافه ثانياً لأنه لاصنع له فى ذلك .

٦٤٩٩ فصـــل

قال أصحابنا : وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجاً إلى إعفافه وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، وقال : بعضهم لا يجب ذلك عليه .

ولنـا : أنه من عمودى نسبه وتلزمه نفقتـه فيلزمه إعفافه عند حاجته إليـه كأبيه . قال القاضى : وكذلك يجىء فى كل من لزمته نفقته من أخ وعم أو غيرهم ، لأن أحمد قد نص فى العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا بيع عليه ، وكل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته لأنه لايتمكن من الإعفاف إلا بذلك ، وقد روى عن أحمد أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الإبن وهذا محمول على أن الإبن كان يجد نفقتها .

٦٥٠٠ مســـألة

قال ﴿ وكذلك الصبى إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه ﴾ .

ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه[1] إذا اجتمعت الشروط التى تقدم ذكرنا لها وبه قال الحسن ، ومجاهد ، والنخعى ، وقتادة ، والحسن بن صالح ، وابن أبى ليلى ، وأبو ثور . وحكى ابن المنذر ، عن أحمد ، فى الصبى المرضع لا أب له ولا جد نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء ، وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن أحمد : النفقة على العصبات ، وبه قال الأوزاعى ، وإسحاق وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى على بنى عم منفوس بنفقته . احتج به أحمد ، وقال ابن المنذر : روى عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبى الرجال دون النساء ، ولأنها مواساه ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل . وقال أصحاب الرأى : تجب النفقة على كل ذى رحم محرم ، ولا تجب على غيرهم ، لقول الله تعالى : « وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ »[2] . وقال مالك ، والشافعى وابن المنذر لا نفقة إلا على المولودين والوالدين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل سأله عندى دينار ؟ قال : « أنفقه على نفسك ، قال : عندى آخر ؟ قال : أنفقه على أهلك .

---

(١) فى ١٨ : لمورثه .

(٢) سورة الأنفال آية ٧٥

قال : عندى آخر ؟ قال : أنفقه على خادمك قال : عندى آخر ؟ قال : أنت أعلم به » . ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لايلحق بهم فى الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم .

ولنا قول الله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ ثم قال ـ وعلى الوارث مثل ذلك »(١) . فأوجب على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ماأوجب على الوالد .

وروى أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم : « من أبر ؟ قال : أمك ، وأباك ، وأختك ، وأخاك » . وفى لفظ : « ومولاك الذى هو أدناك حقاً واجباً ورحماً موصولا » رواه أبو داود . وهذا نص لأن النبى صلى الله عليه وسلم ألزمه الصلة والبر . والنفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً . وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه ، فإن اللفظ عام فى كل ذى رحم ، فيكون حجة عليه فيمن عدا ذا الرحم المحرم ، وقد اختصت بالوارث فى الإرث ، فكذلك فى الإنفاق . وأما خبر أصحاب الشافعى فقضية فى عين يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه ، ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد .

وقولهم : لايصح القياس . قلنا : إنما أثبتناه بالنص ثم أنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفاوت فبطل ماقالوه . إذاثبت هذا ، فإنه يختص بالوارث بفرض أوتعصيب(٢) لعموم الآية ولا يتناول ذوى الأرحام على مامضى بيانه ، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه ، والمرأة مع ابنة بنتها ، وابن بنتها ، فالنفقة على الوارث دون الموروث . نص عليه أحمد فى رواية ابن زياد فقال : يلزم الرجل نفقة عمته ولا يلزمه نفقة بنت أخته .

وذكر أصحابنا رواية أخرى : لاتجب النفقة على الوارث ههنا ، لقول أحمد : العمة والخالة لا نفقة لها ، إلا أن القاضى قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الأم ، فإنه لايرثها لكونه ابن أخيها من أمها ، وقد ذكر الخرقى أن على الرجل نفقة معتقه لأنه وارثه . ومعلوم أن المعتق لايرث معتقه ولا تلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله لقول الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك »(٣) وكل واحد من هؤلاء وارث .

٦٥٠١ مسألة

قال : ﴿ فإن كان للصبى أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة ﴾ .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) فى ١٨ : بالفرض أو التعصيب .

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

وجملته : أنه إذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه ، فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه ، فإذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ، لأنهما يرثانه كذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : النفقة كلها على الجد ، لأنه ينفرد بالتعصيب ، فأشبه الأب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد : أن النفقة على العصبات خاصة

ولنا : قول الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك[1] » والأم وارثة فكان عليها بالنص ، ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الأم كالوراثة .

٦٥٠٢ فصـــــل

وإن اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثاً كالميراث ، وقال أبو حنيفة النفقة عليهما سواء لأنهما سواء في القرب ، وإن كان أم وابن فعلى الأم السدس والباقي على الابن ، وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة بينهما نصفين ، وقال أبو حنيفة النفقة على البنت لأنها أقرب ، وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث ، النفقة على الابن لأنه العصبة ، وإن كانت له أم وبنت فالنفقة بينهما[2] أرباعاً لأنهما يرثانه كذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : النفقة على البنت لأنها تكون عصبة مع أخيها ، وإن كانت له بنت أو بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : النفقة على ابن البنت لأنه ذكر .

ولنا : قول الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك[3] » فرتب النفقة على الإرث ، فيجب أن تترتب في المقدار عليه وإيجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى فإنه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة .

٦٥٠٣ مســـــألة

قال : ﴿ فإن كانت جدة وأخا ، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ وعلى المعنى حساب النفقات ﴾ .

يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدة ههنا سدس الميراث ، فعليها سدس

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٢) ربعها على الأم وباقيها على البنت لأنهما يرثانه كذلك فرضا ورداً . (ف)
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

النفقة ، وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النفقة عليه ، وعند من لا يرى النفقة على غير عمودى النسب يجعل النفقة كلها على الجدة ، وهذا أصل قد سبق الكلام فيه ، فإن اجتمع بنت وأخت ، أو بنت وأخ ، أو بنت وعصبة ، أو أخت وعصبة ، أو أخت وأم ، أو بنت وبنت ابن ، أو أخت لأبوين وأخت لأب ، أو ثلاث أخوات متفرقات ، فالنفقة بينهم على قدر الميراث فى ذلك ، سواء كان فى المسألة رد أو عول ، أو لم يكن . وعلى هذا تحسب ماأتاك من المسائل ، وإن اجتمع أم أم وأم أب ، فهما سواء فى النفقة لاستوائهما فى الميراث .

٦٥٠٤ فصـــل

فإن اجتمع أبو أم فالنفقة على أم الأم ، لأنها الوارثة ، وإن اجتمع أبو أب فعلى أم الأب السدس ، والباقي على الجد . وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء . وإن اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثاً ، وقال الشافعى : النفقة على الجد فى هذه المسائل كلها ، إلا المسألة الأولى ، فالنفقة عليهما بالسوية ، وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم .

٦٥٠٥ فصـــل

فإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه فى الإنفاق ، وإن بان أنه أنفق أقل رجع عليه ، فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة وإن بان بنتاً رجعت على أخيها بفضل نفقتها لأن من له الفضل أدى مالا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه ، فإن تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى مايعتقده ديناً فبان بخلافه .

٦٥٠٦ فصـــل

فإن كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فقد ذكرنا أنه إن كان المحجوب من عمودى النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه ، وإن كان من غيرهما فلا نفقة عليه ، فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والأب معسر كان الأب كالمعدوم ، فيكون على الأم ثلث النفقة ، والباقي على الجد ، وإن كان معهم زوجة فكذلك . وإن قلنا : لا نفقة على المحجوب فليس على الأم ههنا إلا ربع النفقة ولا شىء على الجد ، وإن كان أبوان وأخوان وجد ، والأب معسر ، فلا شىء على الأخوين ، لأنهما محجوبان ، وليسا من عمودى النسب ، ويكون على الأم الثلث ، والباقي على الجد ، كما لو لم يكن أحد غيرهما . ويحتمل ألا يجب على الأم إلا السدس ، لأنه لو كان الأب معدوماً لم ترث إلا السدس .

وإن قلنا : إن كل محجوب لا نفقة عليه ، فليس على الأم إلا السدس ، ولا شيء على غيرها . وإن لم يكن في المسألة جد فالنفقة كلها على الأم على القول الأول . وعلى الثاني ليس عليها إلا السدس ، وإن قلنا : إن على المحجوب بالمعسر النفقة وإن كان من غير عمودى النسب فعلى الأم السدس ، والباقى على الجد ، والأخوين أثلاثاً كما يرثون إذا كان الأب معدوماً . وإن كان بعض من عليه النفقة غائباً وله مال حاضر ، أنفق الحاكم منه حصته . وإن لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض، فإذا قدم فعليه وفاؤه .

٦٥٠٧ فصـــل

ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص وله امرأة ، فالنفقة لها دون الأقارب ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، في حديث جابر[1] : إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن كان له فضل فعلى عياله ، فإن كان له فضل فعلى قرابته » : ولأن نفقة القريب مواساة ، ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة ، فقدمت على مجرد المواساة ، ولذلك وجبت مع يسارهما وإعسارهما ، ونفقة القريب بخلاف ذلك ، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته ، فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه ، ثم من بعدها نفقة الرقيق ، لأنها تجب مع اليسار والإعسار ، فقدمت على مجرد المواساة ، ثم ، من بعد ذلك الأقرب فالأقرب .

فإن اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الأب على الجد والابن على ابنه ، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : يستوى الأب والجد والابن وابنه لتساويهم فى الولادة والتعصيب .

ولنا : أن الأب والابن أقرب وأحق بميراثه ، فكانا أحق كالأب مع الأخ ، وإن اجتمع ابن وجد ، أو أب وابن ابن ، احتمل وجهين .

أحدهما : تقديم الابن والأب ، لأنهما أقرب ، فإنهما يليانه بغير واسطة ، ولا يسقط إرثهما بحال . والجد وابن الإبن بخلافهما .

ويحتمل التسوية بينهما ، لأنهما سواء فى الإرث والتعصيب والولادة . وإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما فى القرب والإرث والولادة والتعصيب ، ويحتمل فيهما مايحتمل فى الأب والإبن على ماسنذكره .

٦٥٠٨ فصـــل

وإن اجتمع أب وابن ، فقال القاضى : إن كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدم ، لأن نفقته وجبت بالنص،

(١) سبق تخريجه قريباً .

مع أنه عاجز عن الـكسب ، والأب قد يقدر عليه وإن كان الابن كبيراً والأب زَمِن[1] ، فهو أحق ، لأن حرمته آكد ، وحاجته أشد ، ويحتمل تقديم الابن ، لأن نفقته وجبت بالنص ، وإن كانا صحيحين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه .

أحدها : التسوية بينهما . لتساويهما فى القرب ، وتقارب مرتبتهما . والثانى : تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص . والثالث : تقديم الأب لتأكد حرمته . وإن اجتمع أبوان . ففيهما الوجوه الثلاثة .

أحدها : التسويه لما ذكرنا . والثانى : تقديم الأم لأنها أحق بالبر ، ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية ، وزيادة الشفقة ، وهى أضعف وأعجز . والثالث : تقديم الأب لفضيلته ، وانفراده بالولاية على ولده ، واستحقاق الأخذ من ماله ، وإضافة النبى صلى الله عليه وسلم الولد وماله إليه بقوله : « أنت[2] ومالك لأبيك » والأول أولى .

وإن اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما ، لاستوائهما فى استحقاق ميراثه ، والصحيح أن الجد أحق لأن له مزيه الولادة والأبوة ، ولأن ابن ابنه يرثه ميراث ابن ، ويرث الأخ ميراث أخ وميراث الابن آكد ، فالنفقة الواجبة به تكون آكد . وإن كان مكان الأخ ابن أخ أو عم فالجد أولى بكل حال .

٦٥٠٩ فصـــــل

والواجب فى نفقة القريب قدر الـكفاية من الخبز والأدم والـكسوة بقدر العادة على ماذكرناه فى الزوجة ، لأنها وجبت للحاجة ، فتقدرت بما تندفع به الحاجة . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى مايـكفيك وولدك بالمعروف » . فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالـكفاية ، فإن احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كما قلنا فى الزوجة ، لأن ذلك من تمام كفايته .

٦٥١٠ مســــألة

قال ﴿ وعلى المعتق نفقه معتقة إذا كان فقيراً لأنه وارثه ﴾ .

هـذا مبنى على الأصل الذى تقـدم ، وأن النفقة تجب على الوارث ، والمعتق وارث عتيقه ، فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً ، ولولاه يسار ينفق عليه منه . وقال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى : لاتجب عليه نفقته بناء على أصولهم التى ذكرناها .

---

(١) أى : مريض بمرض مزمن .

(٢) أخرجه ابن ماجه عن جابر . (ف)

ولنا : قول الله تعالى : « وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ »[1] . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك فأدناك ، ومولاك الذى يلى ذاك ، حقاً واجباً ورحماً موصولا »[2] ، ولأنه يرثه بالتعصيب ، فكانت عليه نفقته كالأب ويشترط فى وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة فى غيره .

٦٥١١ فصـــل

فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما بيّن[3] فى باب الولاء . ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء ، لأنه عصبتهم ووارثهم ، وعليه نفقة أولاد معتقه إذا كان أبوهم عبداً كذلك ، فإن أعتق أبوهم فانجر الولاء إلى معتقه صار ولاؤه لمعتق أبيهم ، ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط ، وليس على المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً ، لأنه لا يرثه ، فإن كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحربى عبداً ثم يسبى العبد سيده فيعتقه ، فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لأنه يرثه .

٦٥١٢ مســـألة

قال ﴿ وإذا زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكاً نفقتها ﴾ .

وجملته أن زوج الأمة لا يخلو ، إما أن يكون حراً أو عبداً ، أو بعضه حر وبعضه عبد ، فإن كان حراً فنفقتها عليه للنص ، واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين ، والأمة داخلة فى عمومهن ، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها ، فوجب على زوجها نفقتها كالحرة ، وإن كان زوجها مملوكاً فالنفقة واجبة لزوجته لذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته ، هذا قول الشعبى ، والحكم ، والشافعى . وبه قال أصحاب الرأى إذا بوأها بيتاً . وحكى عن مالك أنه قال : ليس عليه نفقتها ، لأن النفقة مواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله .

ولنا : أنها عوض واجب فى النكاح ، فوجبت على العبد كالمهر ، والدليل على أنها عوض : أنها تجب فى مقابلة التمكين ، ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين . وفارق نفقة الأقارب . إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده ، لأن السيد أذن له فى النكاح المفضى إلى إيجابها ، وقال ابن أبى موسى فيه رواية أخرى : أنها تجب فى كسب العبد ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأنه لم يمكن إيجابها

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٢) أخرجه أبو داود عن بكر بن الحارث الأنمارى
(٣) فى ١٨ : على مابيناه .

فى ذمته ولا رقبته ، ولا ذمة سيده ، ولا إسقاطها ، فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه . وقال القاضى : تتعلق برقبته ، لأن الوطء فى النـكاح بمنزلة الجناية . وأرش جناية العبد يتعلق برقبته ، يباع فيها ، أو يفديه سيده ، وهذا قول أصحاب الرأى .

ولنا : أنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذى استدانه وكيله . وقولهم : إنه فى مقابلة الوطء غير صحيح ، فإنه يجب من غير وطء ، ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير ، وإنما يجب بالتمـكين ، وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها . وقول من قال إنه تعذر إيجابه فى ذمة السيد غير صحيح ، فإنه لامانع من إيجابه ، وقد ذكرنا وجود مقتضيه ، فلا معنى لدعوى التعذر .

٦٥١٣ مســـــألة

قال ﴿ وإن كانت أمة تأوى بالليل عند الزوج ، وبالنهار عند المولى ، أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده ﴾ .

هذه المسألة قد تقدمت ، وذكرنا أن النفقة فى مقابلة التمـكين ، وقد وجد منها فى الليل ، فتجب على الزوج النفقة فيه ، والباقى منها على السيد ، بحكم أنها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره فى هذا الزمن ، فيـكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : لا نفقة لها على الزوج ، لأنها لم تمـكن من نفسها فى جميع الزمان ، فلم يجب لها شىء من النفقة كالحرة إذا بذلت نفسها فى أحد الزمانين دون الأخر .

ولنا : أنه وجد التمـكين الواجب بعقدالنـكاح ، فاستحقت[1] النفقة كالحرة إذا مكنت من نفسها فى غير أوقات الصلوات المفروضات ، والصوم الواجب ، والحج المفروض ، وفارق الحرة إذا امتنعت فى أحد الزمانين ، فإنها لم تبذل الواجب ، فتـكون ناشزاً ، وهذه ليست ناشزاً ولا عاصية .

٦٥١٤ مســـــألة

قال ﴿ فإن كان لها ولد لم تلزمه نفقة ولده ، حراً كان أو عبداً ، ونفقتهم على سيدهم ﴾ .

يعنى الأمة ليس على زوجها نفقة ولده منها . وإن كان حراً ، لأن ولد الأمة عبد لسيدها ، فإن الولد يتبع أمه فى الرق والحرية ، فتـكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم ، فإن العبد أخص بسيده من أبيه ، ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ، ولاميراث ولا إنفاق ، وكل ذلك للسيد ، وقد رويت عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى ، أن ولد العربى يكون حراً ، وعلى أبيه فداؤه . فعلى هذا تـكون نفقتهم عليه ،

(١) فى المطبوعة : استحقت ، وما فى ١٨ أوضح .

ولو أعتق الولد سيده ، أو علق عتقه بولادته ، أو تزوج الأمة على أنها حرة ، فولده[1] منها أحرار ، وعلى أبيهم نفقتهم فى هذه المواضع كلها إذا كان حراً ، وتحققت فيه شرائط الإنفاق .

٦٥١٥ فصـــــل

وإذا طلق الأمة طلاقاً رجعياً فلها النفقة فى العدة ، لأنها زوجة ، وإن أبانها وهى حائل فلا نفقة لها ، لأنها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة ، فالأمة أولى وإن كانت حاملا فلها النفقة ، لقوله تعالى (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)[2] نص على هذا أحمد . وبه قال إسحاق ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله فى نفقه الحامل روايتان ، هل هى للحمل أو للحامل بسببه ؟

إحداهما : هى للحمل ، فعلى هذا لا تجب للملوكة الحامل البائن نفقة ، لأن الحمل مملوك لسيدها ، فنفقته[3] عليه ، وللشافعى فى هذا قولان كالروايتين .

٦٥١٦ فصـــــل

وإن طلق العبد زوجته الحامل طلاقاً بائناً انبنى (على)[4] وجوب النفقة على الروايتين فى النفقة ، هل هى للحمل أو للحامل ؟ فإن قلنا : هى للحمل فلا نفقة على العبد ، وبه قال مالك . وروى ذلك عن الشعبى ، لأنه لا تجب عليه نفقة ولده . وإن قلنا : هى للحامل بسببه وجبت لها النفقة ، وهذا قول الأوزاعى ، لأن الله تعالى قال : « وإنْ كنَّ أولاتِ حملٍ فأنفقُوا عليهنَّ حتىَّ يضعنَ حَمْلَهُنَّ »[5] ولأنها حامل فوجبت ، لها النفقة كما لو كان زوجها حراً .

٦٥١٧ فصـــــل

والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية ، وباقيها على سيده ، أو فى ضريبته ، أو فى رقبته ، على ما ذكرنا فى العبد ، والقدر الذى يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ، إن كان موسراً فنفقة الموسرين ، وإن كان معسراً فنفقة المعسرين ، والباقى تجب فيه نفقة المعسرين ، لأن النفقة مما يتبعض ، وما يتبعض بعضناه فى حق المعتق بعضه ، كالميراث والديات ، ومالا يتبعض فهو فيه كالعبد ، لأن الحرية إما شرط فيه ، أو سبب له ، فلم يكمل . وهذا اختيار المزنى وقال الشافعى : حكمه حكم القن فى الجميع ، إلحاقاً لأحد الحكمين بالآخر .

---

(١) فى ٢٩ : فأولاده . (٢) سورة الطلاق آية ٦ .

(٣) ليس فى النسخ المطبوعة ولا المخطوطة ذكر الرواية الثانية ، وقد ذكرها الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٥٩ ، وعلى الرواية الأخرى تجب ، وقد سقطت هنا ف ـــ ع

(٤) ساقطة من ١٨ ، ٣٩ ولعله الصواب . (٥) سورة الطلاق آية ٦ .

ولنـا : أنه يملك بنصفه الحر ملـكا تاماً ، ولهذا يورث عنه ، ويكفر بالإطعام ، ويجب فيه نصف دية الحر ، فوجب أن تتبعض نفقته ، لأنها من جملة الأحكام القابلة للتبعيض . فأما نفقة أقاربه فيلزمه منها بقدر ميراثه ، لأن النفقة تنبنى على الميراث ، وعند المزنى تلزمه كلها ، لأنهـا لا تتبعض ، وعند الشافعى لا يلزمه شىء ، لأن حكمه حكم العبيد ، وقد سبق الـكلام فى هذا .

٦٥١٨ مســـألة

قال : ﴿ وليس على العبد نفقة ولده ، حرة كانت الزوجة أو أمة ﴾ .

أما إذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار ، لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ، وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار ، لأن نفقتهم تجب على سبيل المواساة ، وليس هو من أهلهـا . وأما إذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها ، لأنهم يتبعونها فتـكون نفقتهم على سيدهم .

٦٥١٩ فصـــل

وحكم المـكاتب فى نفقة الزوجات والأولاد والأقارب حكم العبد القن ، لأنه عبد مابقى عليه درهم ، إلا أنه إذا كانت له زوجة أنفق عليها من كسبه ، لأن نفقة الزوجة واجبة بحـكم المعارضة مع اليسار والإعسار ، ولذلك وجبت على العبد ، فعلى المـكاتب أولى . ولأن نفقة المرأة لاتسقط عن أحد من الناس ، إذا لم يوجد منها مايسقط نفقتها ، ولا يمـكن إيجابها على سيده ، لأن نفقة المـكاتب لاتجب على سيده ، فنفقة امرأته أولى . فأما نفقة أولاده وأقاربه الأحرار فلا تجب عليه ، لأنها تجب على سبيل المواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تجب عليه الزكاة فى ماله ، ولا الفطرة فى بدنه . فإن كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها ، لأنهم يتبعونها فى الحرية . وإن كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الأم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه ، والمـكاتب كأنه معدوم بالنسبة إلى النفقة .

٦٥٢٠ مســـألة

قال : ﴿ وعلى المـكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المـكاتب ﴾ .

وجملته أن المـكاتب إذا كان له ولد لم يخل إما أن يـكون من زوجته ، أو من أمته ، فإن كان من زوجته وكانت مكاتبة فولدها يتبعونها فى الـكتابة ، ويـكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا ، وإن عتقت بالأداء عتقوا ، فتـكون نفقتهم . عليها مما فى يديها لأنهم فى حكم نفسها ونفقتها مما فى يديها ، فـكذلك على ولدها . وأما زوجها المـكاتب فليس عليه نفقتهم ، لأنهم عبيد لسيد المـكاتبة ، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم ، وإن أراد المـكاتب التبرع بالإنفاق على ولده وكان من

أمة أو مـكاتبة لغير سيده ، أو حرة ، لم يـكن له ذلك ، لأن فيه تغريراً بمال سيده . وإن كان من أمة لسيده جاز ، لأنه مملوك لسيده ، فهو ينفق عليه من المال الذى تعلق به حق سيده . وإن كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز ، لأنه فى الحال بمنزلة أمه ، وأمه مملوكة لسيدها . ويحتمل ألا يجوز ، لأن فيه تغريراً إذ لا يحتمل أن يعجز هو وتؤدى المـكاتبة فيعتق ولدها ، فيحصل الإنفاق عليها من مال سيده ، ويصير حراً .

٦٥٢١ مســـألة

قال : ﴿ وعلى المـكاتب نفقة ولده من أمته ﴾ .

أما ولد المـكاتب من أمته فنفقتهم عليه ، لأن ولده من أمته تابع له ، يرق برقه ، ويعتق بعتقه ، فجرى مجرى نفسه فى النفقة ، فـكما أن المـكاتب ينفق على نفسه ، فـكذلك على ولده الذى هذا حاله ، ولأن هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيـه ، فإن أمه أمَة للمـكاتب ، وليس له من الأحرار أقارب ، فيتعين على المـكاتب الإنفاق عليه كأمه ، ولأنه لا ضرر على السيد فى إنفاق المـكاتب على ولده من أمته ، لأنه إن أدى وعتق فقد وفى مال الـكتـابة ، وليس للسيد أكثر منه[1] ، وإن عجز ورق عاد إليه المـكاتب وولده الذى أنفق عليه ، فـكأنه إنما أنفق على عبده ، وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه .

٦٥٢٢ فصـــــل

وليس للمـكاتب أن يتسرى بأمته إلا بإذن سيده ، لأن ملـكه غير تام ، وعلى السيد ضرر فى تسريه بها ، لما فيه من التغرير بها . وإن أذن له سيده فى ذلك جاز ، لأن المنع لحقه ، فجاز بإذنه كما لو أذن لعبده القن . وإن وطىء بغير إذنه فلا حد عليه ، لأنه وطىء مملوكته ، فإن أولدها فى الموضعين صارت أم ولد له ، ليس له بيعها ولا بيع ولده ، فإن عتق عتق ولدها ، وصارت الأمة أم ولده ، تعتق بموته وإن رق رقت هى وولدها ، وصارت أمة لسيده ، والمـكاتب وولده عبدان له ، ويلزم المـكاتب الإنفاق على عبيده وإمائه وأمهات أولاده ، لأنهم ملك له ، فلزمه الإنفاق عليهم كبهائمه :

---

(١) فى المطبوعة : منها . ورجحنا مافى : ١٨ لأنه أصح .

باب الحال التى تجب فيها النفقة على الزوج

٦٥٢٣ مســـألة

قال رحمه الله : ﴿ وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين :

أحدهما : أن تـكون كبيرة يمـكن وطؤها ، فإن كانت صغيرة لاتحتمل الوطء فلا نفقة لها . وبهذا قال الحسن ، وبـكر بن عبد الله المزنى ، والنخعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحـاب الرأى . وهو المنصوص عن الشافعى . وقال فى موضع : لو قيل لها النفقة كان مذهباً . وهذا قول الثورى ، لأن تعذر الوطء لم يـكن بفعلها ، فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض .

ولنـا : أن النفقة تجب بالتمـكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها ، وبهذا يبطل ماذكروه ، ويفارق المريضة ، فإن الاستمتاع بها ممـكن ، وإنمـا نقص بالمرض ، ولأن من لاتمـكن الزوج من نفسها لايلزم الزوج نفقتها ، فهذه أولى لأن تلك يمـكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرها ، وهذه لايمـكن ذلك فيها بحال .

الشرط الثانى : أن تبذل التمـكين التام من نفسها لزوجها ، فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها، أو تساكتا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها وإن أقاما [على ذلك] زمناً ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة ، ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفق إلا بعد دخوله ، ولم يلزم نفقتها لما مضى ، ولأن النفقة تجب فى مقابلة التمـكين المستحق بعقد النـكاح ، فإذا وجد استحقت ، وإذا فقد لم تستحق شيئاً . ولو بذلت تسليما غير تام بأن تقول : أسلم إليك نفسى فى منزلى دون غيره ، أو فى الموضع الفلانى دون غيره ، لم تستحق شيئاً ، إلا أن تـكون قد اشترطت ذلك فى العقد ، لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة ، كما لو قال البائع : أسلم إليك السلعة على أو تتركها فى موضعها ، أو فى مـكان بعينه . وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها فى ذلك استحقت النفقة ، لأنها سلمت التسليم الواجب عليها ، ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلا دون النهار استحقت النفقة ، وفارق الحرة ، فإنها لو بذلت تسليم نفسها فى بعض الزمان لم تستحق شيئاً ، لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد ، وكذلك إن أمـكنته من الاستمتاع ، ومنعته استمتاعاً[1] ، لم تستحق شيئاً لذلك .

---

(١) أى مكنته من بعض الاستمتاع دون بعضه .

٦٥٢٤ فصل

وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه ، بل تجب عليه فى زمن غيبته ، لأنها استحقت النفقة بالتمكين ، ولم يوجد منها مايسقطها ، وإن غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه ، لأنه لم يوجد الموجب لها ، فإن بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته ، لأنها بذلته فى حال لا يمكنه التسليم[1] فيه ، لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذى هو فيه ليستدعيه ، ويعلمه ذلك ، فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ ، وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذى كان يمكن الوصول إليها ، ويسلمها فيه ، لأن الزوج امتنع من تسلمها مع إمكان ذلك وبذلها إياه له ، فلزمته نفقتها ، كما لو كان حاضراً .

وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أو مجنونة فسلمت نفسها إليه ، فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة ، وإن لم يتسلمها لمنعها نفسها أو منع أوليائها فلا نفقة لها عليه ، وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم . فإن وليها يقوم مقامها ، وإن بذلت هى دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها ، لأنه لاحكم لكلامها .

٥٦٢٥ مسألة

قال ﴿ وإذا كانت بهذه الحال التى وصفت وزوجها صبى أجبر وليه على نفقتها من مال الصغير ، فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما ﴾ .

يعنى إذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها ، فمكنت[2] من نفسها ، أو بذلت تسليمها ، ولم تمنع نفسها ، ولا منعها أولياؤها ، فعلى زوجها الصبى نفقتها . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، والشافعى ، فى أحد قوليه ، وقال فى الآخر : لانفقة لها ، وهو قول مالك ، لأن الزوج لايتمكن من الاستمتاع بها ، فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة .

ولنا : أنها سلمت نفسها تسليما صحيحاً ، فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيراً ، ولأن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما تعذر من جهة الزوج ، كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته .

وفارق ما إذا غابت أو كانت صغيرة ، فإنها لم تسلم نفسها تسليماً صحيحاً ولم تبذل ذلك ، فعلى هذا يجبر الولى على نفقتها من مال الصبى ، لأن النفقة على الصبى ، وإنما الولى ينوب عنه فى أداء الواجبات عليه كما يؤدى أروش جناياته ، وقيم متلفاته وزكواته . وإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم

(١) الأصح « لايمكنه التسلم » لأن التسليم من جهة الزوجة والتسلم من الزوج .
(٢) فى ١٨ : فأمكنت .

بينهما ، كما ذكرنا فى حق الـكبير ، فإن كان له مال وامتنع الولى من الإنفاق أجبره الحاكم بالحبس ، فإن لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبى وأنفق عليها ، فإن لم يمكنه وصبر الولى على الحبس ، وتعذر الإنفاق فرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك على ما ذكرناه فى حق الـكبير . وذكر القاضى فى الـكبير : أنه لايفرق بينهما ، فـكذلك ههنا مثله ، لأنهما سواء فى وجوب الإنفاق عليهما فـكذلك فى أحكامه .

٦٥٢٦ فصـــل

وإن بذلت الرتقاء أو الحائض أو النفساء أو النضوة الخلق[1] التى لا يمكن وطؤها ، أو المريضة [تسليم][2] نفسها لزمته نفقتها . وإن حدث بها شىء من ذلك لم تسقط نفقتها ، لأن الاستمتاع ممكن ، ولا تفريط من جهتها وإن منع من الوطء . ويفارق الصغيرة ، فإن لها حالا يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعاً تاماً ، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء . ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب ، فإن قيل : فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لهـا النفقة ، فـكذلك هؤلاء . قلنا : لأن تلك منعت مما يجب عليها ، وهؤلاء لايجب عليهن التمـكين مما فيه ضرر ، فإن ادعت أن عليها ضرراً فى وطئه لضيق فرجها ، أو قروح به ، أو نحو ذلك ، وأنـكره ، أريت امرأة ثقة ، وعمل بقولها . وإن ادعت عبالة ذكره[3] وعظمه ، جاز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما ، لأنه موضع حاجة ، ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة .

٦٥٢٧ مســـــألة

قال ﴿ وإن طالب الزوج بالدخول وقالت : لاأسلم نفسى حتى أقبض صداقى ، كان ذلك لها ، ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها ﴾ .

وجملته : أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها ، لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضى إلى أن يستوفى منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لايسلم صداقها ، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشترى ، ثم أعسر بالثمن ، فإنه يمكنه الرجوع فيه ، فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولا ، وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه .

إذا ثبت هذا ، فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها ، لأنها امتنعت لحق ، فإن

---

(١) أى : الهزيلة .

(٢) ساقطة من : ١٨ . وهى المفعول به لبذلت . ومع حذفها يكون المفعول به (نفسها) .

(٣) أى : غلظه .

قيل : فلو امتنعت لصغر أو مرض لم يلزمه نفقتها قلنا : الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغر ، وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج ، وهو منعه لما وجب لها عليه ، فأشبه مالو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج ، فإنه لاتسقط نفقتها عنه ، ولو تعذر لصغرها لاتلزمه نفقتها .

٦٥٢٨ فصـــل

إذا سافرت زوجته بغير إذنه سقطت نفقتها عنه ، لأنها ناشز ، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه ، وإن سافرت بإذنه فى حاجته فهى على نفقتها ، لأنها سافرت فى شغله ومراده : وإن كان حاجة[1] نفسها سقطت نفقتها ، لأنهـا فوتت التمـكين لحظ نفسها ، وقضاء حاجتها ، فأشبه مالو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها ، إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها[2] فلا تسقط نفقتها ، لأنها لم تفوت التمـكين فأشبهت غير المسافرة ، ويحتمل ألا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها لأنها مسافرة بإذنه ، أشبه مالو سافرت فى حاجته ، وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع أو زيارة . ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها ، لأنها فى معنى المسافرة ، وإن أحرمت به بإذنه فقال القاضى : لها النفقة .

والصحيح : أنها كالمسافرة ، لأنها بإحرامها مانعة له من التمـكين ، فهى كالمسافرة لحاجة نفسها على ماذكرناه . وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة فى الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة ، لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع فى وقته ، فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان . وإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول مافى المحرمة بحج التطوع ، لأنها فوتت عليه التمـكين بشىء مستغنى عنه .

٦٥٢٩ فصـــل

فإن اعتـكفت فالقياس أنه كسفرها إن كان بغير إذنه ، فهى ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع وإن كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقى . وقال القاضى : لهـا النفقة ، وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها ، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع ، لايملك منعها منه ، فلم تسقط نفقتها كالصلاة ، ولأنه يكون صائماً معها ، فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه ، وإن كان تطوعاً لم تسقط نفقتها ، لأنها لم تخرج عن قبضته ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها ، فإنه يمـكنه تفطيرها ووطؤها ، فإن أراد ذلك منها فمنعته نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمـكين الواجب . وإن كان صوماً منذوراً معلقاً بوقت معين فقال القاضى : لها النفقة ، لأن أحمد نص على أنه ليس له منعها ويحتمل أنه إن كان نذرها قبل النـكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها لأنه كان واجباً عليها بحق سابق على

---

(١) فى ٣٩ : لحاجة نفسها . (٢) فى ٣٩ : الاستمتاع بها .

نـكاحه ، أو واجب أذن فى سببه . وإن كان النذر فى نـكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها ، لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها ، بالنذر الذى لم يوجبه الشرع عليها ، ولا ندبها إليه .

وإن كان النذر مطلقاً ، أو كان صوم كفارة ، فصامت بإذنه فلها النفقة ، لأنها أدت الواجب بإذنه ، فأشبه ما لو صامت المعين فى وقته . وإن صامت بغير إذنه فقال القاضى : لا نفقة لها ، لأنها يمكنها تأخيره . فإنه على التراخى ، وحق الزوج على الفور . وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فـكذلك ، وإن كان وقته ضيقاً مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها ، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع ، أشبه أداء رمضان .

٦٥٣٠ فصـــــل

قال ﴿ وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة ، إلا أن تـكون حاملا ﴾ .

وجملة الأمر : أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً فإما أن يكون ثلاثاً ، أو بخلع ، أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم ، لقول الله تعالى : « أَسْكِنُوهُنَّ من حيثُ سكنتُمْ من وُجْدِكُمْ ولا تضارُّوهُنَّ لتضيِّقُوا عليهنَّ ، وإن كُنَّ أولاتِ حَمْلٍ فأنفِقُوا عليهنَّ حتَّى يضعْنَ حَمْلَهُنَّ » وفى بعض أخبار فاطمة بنت قيس : «لا نفقة لك إلا أن تـكونى حاملا » . ولأن الحمل ولده ، فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يمـكنه النفقة عليه إلا بالإنفاق عليها ، فوجب كما وجبت أجرة الرضاع ، وإن كانت حائلا فلا نفقة لها . وفى السكنى روايتان .

إحداهما : لها ذلك ، وهو قول عمر ، وابنه ، وابن مسعود ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة ، ومالك ، والشافعى ، للآية .

والرواية الثانية : لا سكنى لها ولا نفقة ، وهى ظاهر المذهب ، وقول على ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق . وأبى ثور ، وداود ، وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السكنى والنفقة . وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والحسن ابن صالح ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والبتى ، والعنبرى . لأن ذلك يروى عن عمر ، وابن مسعود . ولأنها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية ، وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر أنه قال : « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة » ، وأنـكرته عائشة ، وسعيد بن المسيب ، وتأولوه .

ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها ألبتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال : والله مالك علينا من شىء ، فجاءت رسول الله ﷺ تذكر ذلك له فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى . فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك » . متفق عليه . وفى لفظ فقال رسول الله ﷺ : « انظرى يا ابنة قيس ، إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة

فلا نفقة ولا سكنى » . رواه الإمام أحمد ، والأثرم ، والحميدى ، وغيرهم .

قال ابن عبد البر من طريق الحجة : وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحجّ ، لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأى شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم ، الذى هو المبين عن الله مراده ؟ ولا شيء يدفع ذلك . ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم »[1] .

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه على ، وابن عباس ، ومن وافقهما والحجة معهم ، ولو لم يخالفه أحد منهم ، لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وعلى غيره ، ولم يصح عن عمر أنه قال : « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة » فإن أحمد أنكره ، وقال أما هذا فلا ، ولكن قال : « لا نقبل فى ديننا قول امرأة » . وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة فى الرواية ، فأى حجة فى شيء يخالفه الإجماع وترده السنة ، ويخالفه فيه علماء الصحابة ؟ قال إسماعيل بن إسحاق : نحن نعلم أن عمر لا يقول : لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود فى كتاب الله . والذى فى الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا بقوله سبحانه : (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)[2] وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل فى الأمر بالإنفاق .

وقد روى أبو داود وغيره من الأئمة بإسنادهم عن ابن عباس قال : « ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ـ يعنى المتلاعنين ـ وقضى ألا بيت لها عليه ولا قوت » ولأن هذه محرمة عليه تحريماً لا تزيله الرجعة ، فلم يكن لها سكنى ، ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية . وفارقت الرجعية فى ذلك ، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والإجماع ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه .

٦٥٣١ فصل

فأما الملاعنة فلا سكنى لها ، ولا نفقة إن كانت غير حامل للخبر ، وكذلك إن كانت حاملا فنفى حملها ، لو قلنا : أنه ينتفى بزوال الفراش ، وإن قلنا : لا ينتفى بنفيه ، أو لم ينفه ، وقلنا : إنه يلحقه نسبه ، فلها السكنى والنفقة ، لأن ذلك للحمل أو لها بسببه ، وهو موجود ، فأشبهت المطلقة البائن . فإن نفى الحمل فأنفقت أمه وسكنت من غير الزوج ، وأرضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ، ولزمته النفقة وأجر المسكن والرضاع ، لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له ، فإذا ثبت له أب لزمه ذلك ، ورجع به عليه .

فإن قيل : النفقة لأجل الحمل نفقة[3] الأقارب وهى تسقط بمضى الزمان ، فيكف ترجع عليه بما

---

(١) سورة الطلاق آية ٦ .

(٢) سورة الطلاق آية ٦

(٣) فى ١٨ : كنفقة الأقارب .

يسقط عنه ؟ قلنا : بل النفقة للحامل من أجل الحمل ، فلا تسقط كنفقتها فى الحياة ، وإن سلمنا أنها للحمل إلا أنها مصروفة إليها ، ويتعلق بها حقها ، فلا تسقط بمضى الزمان كنفقتها .

٦٥٣٢ فصـــل

فأما المعتدة من الوفاة فإن كانت حائلا فلا سكنى لها ، ولا نفقة لأن النكاح قد زال بالموت . وإن كانت حاملا ففيها روايتان :

إحداهما : لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة فى الحياة .

والثانية : لاسكنى لهـا ولا نفقة ، لأن المال قد صار للورثة ، ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله ، ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة ، قال القاضى : وهذه الرواية أصح .

٦٥٣٣ فصـــل

وهل تجب نفقة الحمل للحامل من أجل الحمل ، أو للحمل ، فيه روايتان :

إحداهما : تجب للحمل . اختارها أبو بكر ، لأنها تجب بوجوده ، وتسقط عند انفصاله ، فدل على أنها له .

والثانية : تجب لهـا من أجله ، لأنها تجب مع اليسار والإعسار ، فكانت له كنفقة الزوجات ، ولأنها تسقط بمضى الزمان ، فأشبهت نفقتها فى حياته . وللشافعى قولان كالروايتين .

وينبنى على هذا الاختلاف فروع ، منها أنه إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا : النفقة للحمل فنفقتها على سيدها ، لأنها ملكه ، وإن قلنا : لها فعلى الزوج لأن نفقتها عليه ، وإن كان الزوج عبداً ، وقلنا : هى للحمل ، فليس عليه نفقته ، لأنه لا تلزمه نفقة ولده ، وإن قلنا : لها فالنفقة عليه ، لما ذكرناه ، وإن كانت حاملا من نكاح فاسد ، أو وطء شبهة وقلنا : النفقة للحمل ، فعلى الزوج والواطىء ، لأنه ولده ، فلزمته نفقته كما بعد الوضع ، وإن قلنا : للحامل فلا نفقة عليها ، لأنها ليست زوجة يجب الإنفاق عليها . وإن نشزت امرأة إنسان وهى حامل ، وقلنا : النفقة للحمل لم تسقط نفقتها ، لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه ، وإن قلنا : لها فلا نفقة لها ، لأنها ناشز .

٦٥٣٤ فصـــل

ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوماً فيوماً كما يلزمه دفع نفقة الرجعية ، وقال الشافعى فى أحد قوليه لايلزمه دفعها إليها حتى تضع لأن الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث . وهذا خلاف قول الله

تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » ولأنها محكوم لهـا بالنفقة فوجب دفعها إليها كالرجعية ، وماذكروه غير صحيح . فإن الحمل يثبت بالأمارات وتثبت أحكامه فى منع النكاح والحد والقصاص : وفسخ البيع فى الجارية المبيعة ، والمنع من الأخذ فى الزكاة ، ووجوب الدفع فى الدية ، فهو كالمتحقق .

ولا يشبه هذا الميراث فإن الميراث لايثبت إلا بمجرد الحمل ، فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعـد الوضع . ولايوجد ذلك قبله ولأننا لانعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه ، بخلاف مسألتنا ، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ، ولا تختلف باختلافه ، فإذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع إليها ، إن كان حملا فقد استوفت حقها ، وإن بان أنها ليست حاملا رجع عليها ، سواء دفع إليها بحكم الحاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط وعنه لايرجع والصحيح أنه يرجع ، لأنه دفعه على أنه واجب ، فإذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين . وإن أنـكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن ، ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخـبرة والعدالة ، لأنها شهادة على مالا يطلع عليه الرجال ، أشبه الرضاع ، وقد ثبت الأصل بالخبر .

٦٥٣٥ فصـــــل

ولا تجب النفقة على الزوج فى النكاح الفاسد . لأنه ليس بينهما نـكاح صحيح ، فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها ، وإن كان بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلا لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى ، وإن كانت حاملا فعلى ماذكرنا من قبل ، فإن قلنا : لها النفقة إذا كانت حاملا فلها ذلك قبل التفريق . لأنه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ، ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها ، أو بعدها لم يرجع عليها ، لأنه إن كان عالماً بعـدم الوجوب فهو متطوع به ، وإن لم يـكن عالماً فهو مفرط ، فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية ، وكل معتدة من الوطء فى غير نـكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطىء نسب ولدها فهى كالموطوءة فى النـكاح الفاسد . وإن كان لا يلحقه نسب ولدها كالزانى فليس عليه نفقتها حاملا كانت أو حائلا ، لأنه لا نـكاح بينهما ، ولا بينهما ولد ينسب إليه .

٦٥٣٦ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفطمه ﴾

وإذا خالعته ولم تبرئه من حملها فلهـا النفقة كما لو طلقها ثلاثاً وهى حامل ، لأن الحمل ولده ، فعليه نفقته وإن أبرأته من الحمل عوضاً فى الخلع صح ، سواء كان العوض كله أو بعضه ، وقد ذكرناه فى الخلع

ويبرأ حين تفطمه ، إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك ، أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته ، لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التى تستحق المرأة العوض عليه فيها ، وهى مدة الحمل والرضاع ، لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إلى العرف ، وإن اختلفا فى مدة الرضاع انصرف إلى حولين لقوله سبحانه(١) : « وفِصَالُهُ فى عامَيْنِ » وقال تعالى(٢) : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) ثم قال(٣) : « فإن أَرَادَ فصالاً عنْ تراضٍ منْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا » فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل العامين إلا بتراض منهما وتشاور ، وإن قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه ، وهو أحسن ، لأنه أقطع للنزاع ، وأبعد من اللبس والاشتباه ، ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه . قال القاضى : إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهى للولد دونها لأنها فى حكم المالكة لها لأنها هى القابضة لها المستحقة المتصرفة فيها فإنها فى مدة الحمل هى الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هى أجر رضاعها وهى الآخذة لها المتصرفة فيها أيضاً فصارت كملك من أملاكها ، فصح جعلها عوضاً ، فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ، ونحو ذلك ، فلا يعارض به فى الخلع ، لأنه ليس هو لها ولا هو فى حكم ماهو لها .

٦٥٣٧ مسألة

قال : ﴿ والناشز لا نفقة لها . فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها ﴾

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها ، مما أوجبه له النكاح ، وأصله من الارتفاع ، مأخوذ من النَّشْزِ ، وهو المكان المرتفع ، فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها ، فسميت ناشزاً ، فمتى امتنعت من فراشه ، أو خرجت من منزله بغير إذنه ، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها ، أو من السفر معه ، فلا نفقة لها ولا سكنى فى قول عامة أهل العلم . منهم الشعبى ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعى والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبو ثور . وقال الحكم : لها النفقة . وقال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف هؤلاء إلا الحكم ، ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها .

ولنا : أن النفقة إنما تجب فى مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه وإذا منعها النفقة كان لها منعه من التمكين ، فإذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة ، كما قبل الدخول ، وتخالف المهر فإنه يجب بمجرد العقد ، ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة ، فأما إذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده . لأنها واجبة له ، فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير ، وعليه أن يعطيها إياها

---

(١) سورة لقمان آية ١٤ (٢) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٣) سوره البقرة آية ٢٣٣

إذا كانت هي الحاضنة له أو المرضعة له ، وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه إليها ، لأنه أجر ملـكته عليه بالإرضاع لا في مقابلة الاستمتاع ، ولا يزول بزواله .

٦٥٣٨ فصـــــل

وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها ، لزوال المسقط لها ، ووجود التمـكين المقتضي لها ، وإن كان غائباً لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره ، أو حضور وكيله ، أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الإمكان . ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها ، فإن عادت إلى الإسلام عادت نفقتها بمجرد عودها ، لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها بخروجها عن الإسلام ، فإذا عادت إليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة . وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده ، أو منعها له من التمـكين المستحق عليها ، ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمـكينه منها ، ولا يحصل ذلك في غيبته ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها في حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد الـبذل ، كذا ههنا والله أعلم .

باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من[1] المهالك ، ويتعلق بها حق لقرابته ، لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقاً له فيتعلق بهـا الحق كـكفالة اللقيط . ولا تثبت الحضانة لطفل . ولا معتوه ، لأنه لا يقدر عليهـا ، وهو محتاج إلى من يكفله ، فـكيف يكفل غيره ؟ ولا الفاسق ، لأنه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للولد في حضانته ، لأنه ينشأ على طريقته ، ولا الرقيق ، وبهذا قال عطاء والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال مالك في حر له ولد حر من أمة : الأم أحق به ، إلا أن تباع فتنتقل فيـكون الأب أحق به لأنها أم مشفقة فأشبهت الحرة .

ولنـا : أنها لا تملك منافعها التي تحصل الـكفالة بها ، لـكونها مملوكة لسيدها فلم يـكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت ، ولا تثبت لـكافر على مسلم . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وسوار ، والعنبري . وقال ابن القاسم ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي : تثبت له ، لمـا روى عن عبد[2] الحميد بن جعفر ، عن أبيه ، عن جده رافع بن سنان : « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسـلم ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) في ١٨ عن المهالك .

(٢) عبد الحميد هو ابن جعفر بن عبد الله بن رافع بن سنان الأنصاري . (ف)

فقالت : ابنتى وهى فَطِيم أو شِبْهُه ، وقال رافع : ابنتى . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أقعد ناحية . وقال لها : أقعدى ناحية . وقال : ادعواها فمالت الصبية إلى أمها . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها . فمالت إلى أبيها فأخذها » رواه أبو داود[1] .

ولنا : أنها ولاية فلا تثبت لـكافر على مسلم ، كولاية النـكاح والمال ، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالـكافر أولى ، فإن ضرره أكثر فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الـكفر ، وتزيينه له ، وتربيته عليه ، وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد ، فلا تشرع على وجه يـكون فيـه هلاكه وهلاك دينه . فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ، ولا يثبته أهل النقل ، وفى إسناده[2] مقال . قال ابن المنذر : ويحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنها تختار أباها بدعوته فـكان ذلك خاصاً فى حقه .

فأما من بعضه حر فإن لم يـكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له ، لأنه لا يقدر عليها لـكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة فى أيامه ، لأنه قال : كل مايتجزأ فعليه النصف من كل شىء . وهذا اختيار أبى بـكر وقال الشافعى : لا حضانة له لأنه كالقن عنده . وهذا أصل قد تقدم .

٦٥٣٩ مســـــألة

قال : ﴿ والأم أحق بـكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت ﴾ .

وجملته : أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ذكراً كان أو أنثى وهذا قول يحيى الأنصارى ، والزهرى ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وأبى ثور ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم أحداً خالفهم . والأصل فيه ماروى عبد الله بن عمرو بن العاص : « أن امرأة قالت يارسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به مالم تنـكحى » رواه أبو داود[3] . ويروى : « أن أبا بـكر الصديق[4] حكم على عمر بن الخطاب بعاصم

---

(١) وأخرجه أيضاً النسائى ج ٦ ص ١٨٥ والحاكم والدارقطنى من طريق عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع . (ف)

(٢) قال ابن المنذر ، لايثبته أهل النقـل وفى إسناده مقـال وذلك لأنه من رواية عبد الحميـد بن جعفر ضعفه الثورى ويحيى بن معين واختلف فى هذا الصبى فقيل : إنه أنثى ، وقيل : ذكر . (ف) .

(٣) وأخرجه أيضاً عبد الرزاق والدارقطنى وإسحق وصححه الحاكم . (ف)

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة من طريق سعيد بن المسيب بنحو ماذكر فى الـكتـاب وروى مختصراً فى الموطأ ج ٢ ص ١٣٥ (ف) .

لأمه أم عاصم ، وقال : ريحها وشمها ولطفها خير له منك » ، رواه سعيد في سننه . ولأنها أقرب إليه ، وأشفق عليه ، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه .

٦٥٤٠ فصـــل

فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقدان الشروط التي ذكرنا فيها أو بعضها فهي كالمعدومة ، وتنتقل إلى من يليها في الاستحقاق . ولو كان الأبوان من غير أهل الحضانة انتقلت إلى من يليهما ، لأنهما كالمعدومين .

٦٥٤١ فصـــل

ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل ، أو المعتوه ، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه ، وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه ، فإن كان رجلا فله الإنفراد بنفسه ، لاستغنائه عنهما . ويستحب ألا ينفرد عنهما ، ولا يقطع بره عنهما . وإن كان جارية لم يكن لها الإنفراد ولأبيها منعها منه ، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ، ويلحق العار بها وبأهلها ، وإن لم يكن لها أب فلوليها وأهلها منعها من ذلك .

٦٥٤٢ مســـألة

قال : ﴿ وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما ﴾ .

وجملته : أن الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه ، فمن اختاره منهما فهو أولى به . قضى بذلك عمر ، وعلي ، وشريح ، وهو مذهب الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يخير ، لكن قال أبو حنيفة ، إذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب أحق به ، ومالك ، يقول : الأم أحق به ، حتى يثغر[1] . وأما التخيير فلا يصح ، لأن الغلام لا قول له ، ولا يعرف حظه ،

(١) في مطبوعة الشيخ حامد الفقي (حتى يعرب) وفي مطبوعة المنار مع الشرح الكبير (حتى يتغر) بالتاء المثناة ، والأصح (حتى يثغر) بالثاء المثلثة كما في المدونة ج ٢ ص ٢٥٦ ومقدمات ابن رشد معها ص ٢٦٢ ونصها « واختلف في حد الحضانة فقيل إلى البلوغ وقيل إلى الإثغار وهي رواية ابن وهب عن مالك » انتهى . يقال : أثغر الغلام واثغر بتشديد الثاء . واتغر بتشديد التاء أي نبت ثغره أو سقط فهو من الأضداد والثغر الأسنان كلها أو مقدمها ويمكن تشديد التاء في مطبوعة المنار ليصح الكلام ويحمل على نبات الأسنان . (ف)

وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ، ويمكنه من شهواته ، فيؤدى إلى فساده ، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع .

ولنا : ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم : « خير غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد بإسناده ، والشافعي ، وفى لفظ عن أبي هريرة قال : جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبى عنبة[٢] ، وقد نفعنى ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك ، وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت . فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به » . رواه أبو داود ولأنه إجماع الصحابة ، فروى عن عمر أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، وروى عن عمارة الجرمى أنه قال : « خيرنى على بين عمى وأمى وكنت ابن سبع أو ثمان » وروى نحو ذلك عن أبى هريرة .

وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن التقديم فى الحضانة يلحق به الولد ، فيتقدم من هو أشفق ، لأن حظ الولد عنده أكثر ، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذ لم يمكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ، ويميز بين الإكرام وضده ، فمال إلى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه ، فقدم بذلك ، وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قُدِّمَتْ فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته ، لأنها أعرف بذلك وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره .

٦٥٤٣ فصـــل

ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه ، فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه ، هكذا أبداً ، كلما اختار أحدهما صار إليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه ، فاتبع مايشتهيه كما يتبع مايشتهيه فى المأكول والمشروب . وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت ، وعند الآخر فى وقت ، وقد يشتهى التسوية بينهما وألا ينقطع عنهما ، وإن خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة ، لأنه لامزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته ، فقدم أحدهما بالقرعة ، فإذا قدم بها ثم اختار الآخر رد إليه ، لأننا قدمنا اختياره الثانى على الأول ، فعلى القرعة التى هى بدل أولى .

٦٥٤٤ فصـــل

فإن كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة ، وحضر غيره من العصبات ، كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ، فيخير الغلام بين أمه وعصبته ، لأن علياً رضى الله عنه خير عمارة الجرمى بين أمه وعمه ،

(٢) بئر أبى عنبة بكسر العين المهملة وفتح النون بئر على بريد من المدينة .

ولأنه عصبة ، فأشبه الأب وكذلك إن كانت أمه معدومة ، أو من غير أهل الحضانة ، فسلم إلى الجدة ، خير الغلام بينها وبين أبيه ، أو من يقوم مقامه من العصبات ، فإن كان الأبوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه فى التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذى ذكرناه فى الأبوين ، فإن كان الأبوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضى : لاحضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته فى بيت المال ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين .

٦٥٤٥ فصـــل

وإنما يخير الغلام بشرطين :

أحدهما : أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الآخر .

الثانى : أن لا يكون الغلام معتوهاً فإن كان معتوهاً كان عند الأم ولم يخير لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ، ولو خير الصبى فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما فى حال طفوليته .

٦٥٤٦ مســـألة

قال ﴿ وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها ﴾ .

وقال الشافعى : تخير كالغلام لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ ، وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها حتى تزوج أو تحيض ، وقال مالك : الأم أحق بها ، حتى تزوج أو يدخل بها الزوج ، لأنها لاحكم لاختيارها ، ولا يمكن انفرادها فكانت الأم أحق بها كما قبل السبع .

ولنا : أن الغرض بالحضانة[1] الحظ ، والحظ للجارية بعد السبع فى السكون عند أبيها ، لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أولى بذلك ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبى صلى الله عليه وسلم عائشة وهى ابنة سبع ، وإنما تخطب الجارية من أبيها ، لأنه وليها والمالك لتزويجها ، وهو أعلم بالكفاءة ، وأقدر على البحث ، فينبغى أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها ، لأن الشرع لم يرد به فيها ، ولا يصح قياسها على الغلام ، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ، ولا على سن البلوغ ، لأن قولها حينئذ معتبر فى إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها ، بخلاف مسألتنا ، ولا يصح قياس مابعد السبع على ماقبلها لما ذكرنا فى دليلنا .

(١) فى ١٨ و ٢٩ : من الحضانة .

٦٥٤٧ فصـــــل

إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تـكون عنـده ليلا ونهاراً ، لأن تأديبها وتخريجها فى جوف البيت ، من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ، ولا يطيل ولا ينبسط ، لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما فى منزل الآخر ، وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها فى بيتها ، وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلا ، ويأخذه الأب نهاراً ، ليسلمه فى مكتب أو فى صناعة ، لأن القصد حظ الغلام ، وحظه فيما ذكرناه ، وإن كان عند الأب كان عنده ليلا ونهاراً ، ولا يمنع من زيارة أمه ، لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق ، وقطيعة الرحم ، وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه فى بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به كالصغير ، وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى ولده ، فمشى ولده إليه أولى ، فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة ، فسترها أولى ، والأم تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر . وستر الجارية أولى ، لأن الأم قد تخرجت وعقلت ، بخلاف الجارية .

٦٥٤٨ فصـــــل

وإذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم ، فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن فى المسافرة بالولد إضراراً به ، وإن كان منتقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً ، أو البلد الذى ينتقل إليه مخوفاً ، فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن فى السفر به خطراً به ، ولو اختار الولد السفر فى هذه الحال لم يُجَبْ إليه ، لأن فيه تغريراً به . وإن كان البلد الذى ينتقل إليه آمناً ، وطريقه آمن ، فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، إلا أن يكون بين البلدين قريب ، بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه ، فتكون الأم على حضانتها .

وقال القاضى : إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو فى حكم الإقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن ذلك فى حكم الإقامة فى غير هـذا الحكم ، فكذلك فى هـذا . ولأن مراعاة الأب له ممكنة ، والمنصوص عن أحمد ماذكرناه ، وهو أولى ، لأن البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر ، وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ، ومالك ، والشافعى . وقال أصحاب الرأى : إن انتقل الأب فالأم أحق به ، وإن انتقلت الأم إلى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق ، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق .

وحكى عن أبى حنيفة : إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق ، وإن انتقلت إلى بلد آخر فهى أحق ، لأن فى البلد يمكن تعليمه وتخريجه .

ولنا : أنه اختلف مسكن الأبوين ، فكان الأب أحق ، كما لو انتقلت من بلد إلى قرية ، أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح ، وما ذكروه لايصح ، لأن الأب فى العادة هو الذى يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه ، فإذا لم يكن فى بلده ضاع ، فأشبه مالو كان فى قرية ، وإن انتقلا جميعاً إلى بلد واحد فالأم باقية على [أصل][1] حضانتها وكذلك إن أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها ، وغير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها ، وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما ، أو كونهما من غير أهل الحضانة .

٦٥٤٩ مســـــألة

قال : ﴿ فإن لم تكن أم أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة ﴾ .

فى هذه المسألة فصلان :

٦٥٥٠ أحـــدهما

أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، قضى به شريح ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج .

ونقل مهنا عن أحمد ، إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها ، قيل له : فالجارية مثل الصبى ؟ قال : لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها ، وأزالها عن الغلام . ووجه ذلك ماروى « أن علياً ، وجعفراً ، وزيد بن حارثة ، تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة ، فقال على : ابنة عمى ، وأنا أخذتها ، وقال زيد : بنت أخى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر : بنت عمى ، وعندى خالتها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الخالة أم ، وسلمها إلى جعفر » ، رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهى مزوجة .

والرواية الأولى هى الصحيحة . قال ابن أبى موسى : وعليها العمل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة : « أنت أحق به مالم تنكحى » ، ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة ، فكان الأب أحظ[2] له . ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة فإنما

---

(١) الزيادة فى ١٨ : (٢) فى ٢٩ : أحفظ له .

قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لا يساويه فى الاستحقاق إلا على ، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة ، فكان أولى وعلى هذا متى كانت المرأة مزوجة[1] لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد ، لم تسقط حضانتها ، لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ، ولو تنازع العمان فى الحضانة وأحدهما مزوج[2] للأم أو الخالة فهو أحق ، لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هى من أهل الحضانة قدم بها لذلك ، وظاهر قول الخرقى : أن التزويج بأجنبى يسقط الحضانة بمجرد العقد ، وإن عرى عن الدخول وهو قول الشافعى ويحتمل ألا تسقط إلا بالدخول ، وهو قول مالك ، لأن به تشتغل عن الحضانة .

ووجه الأول قول النبى صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تنكحى » وقد وجد النكاح قبل الدخول ولأن بالعقد يملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها .

٦٥٥١ الفصل الثانى

أن الأم إذا عدمت أو تزوجت ، أو لم تكن من أهل الحضانة ، واجتمعت أم أب وخالة ، فأم الأب أحق ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد . وحكى ذلك عن مالك ، وأبى ثور . وروى عن أحمد : أن الأخت والخالة أحق من الأب . فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أب الأم ، وهو قول الشافعى القديم[3] لأنها تدلى بأم ، وأم الأب تدلى به ، فقدم من يدلى بالأم ، كتقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قضى ببنت حمزة لخالتها ، وقال : « الخالة أم »

ولنا : أن أم الأب جدة وارثه ، فقدمت على الخالة كأم الأم ، ولأن لها ولادة ووراثة ، فأشبهت أم الأم . فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً فى الجملة ، وليس النزاع فيه ، إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع ، وقولهم : تدلى بأم ، قلنا : لكن لا ولادة لها ، فيقدم عليها من له ولادة ، كتقديم أم الأم على الخالة ، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهى أولى ممن هو غير عمودى النسب بكل حال ، وإن علت درجتها ، لفضيلة الولادة والوراثة ، فأما أم أبى الأم فلا حضانة لها ، لأنها تدلى بأبى الأم ولا حضانة له ، ولا من أدلى به .

٦٥٥٢ فصـــــل

فإن اجتمعت أم أم وأم أب ، فأم الأم أحق ، وإن علت درجتها ، لأن لها ولادة ، وهى تدلى بالأم التى تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليه كتقديم الأم على الأب ، وعن أحمد : أن أم الأب أحق ، وهو قياس

---

(١) فى المطبوعة : متزوجة وما فى ١٨ أوضح .
(٢) فى المطبوعة متزوج . وما فى ١٨ أوضح (٣) فى ٣٩ فى القديم .

قول الخرقى ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه ، وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلى بعصبة مع مساواتهم للأخرى فى الولادة ، فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وإنمـا قدمت الأم على الأب لأنها التى تلى الحضانة بنفسها ، فـكذلك أمه ، فإنها أنثى تلى بنفسها فقدمت لما ذكرناه .

٦٥٥٣ مســـألة

قال : ﴿ والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة ﴾ .

وجملته : أنه إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات ، وإن علوا انتقلت إلى الأخوات ، وقد من على سائر القرابات ، كالخالات والعمات وغـيرهن ، لأنهن شاركن فى النسب ، وقدمن فى الميراث ، ولأن العمات والخالات إنمـا يدلين بأخوة الآباء والأمهات ، ولا ميراث لمن مـع ذى فرض ، ولا عصبة ، فالمدلى إلى نفس المـكفول ويرثه أقرب وأشفق ، فـكان أولى .

وأولى الأخوات من كان لأبوين ، لقوة قرابتها ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ، نص عليـه أحمـد ، وهو ظاهر مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب . وهو قول المزنى ، وابن سريج ، لأنهـا أدلت بالأم ، فقدمت على المدلية بالأب ، كأم الأم مع أم الأب . وقال ابن سريج : تقدم الخالة على الأخت من الأب لذلك . ولأبى حنيفة فيه روايتان .

ولنا : أن الأخت من الأب أقوى فى المـيراث ، فقدمت كالأخت من الأبوين ، ولا تخفى قوتهـا ، فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتـكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد ، وماذكروه من الإدلاء لايلزم ، لأن الأخت تدلى بنفسها ، لـكونهما خلقاً من ماء واحد ، ولها تعصيب ، فـكانت أولى ، والله أعلم .

٦٥٥٤ مســـألة

قال : ﴿ وخالة الأب أحق من خالة الأم ﴾ .

وجملته أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات انتقلت الحضانة إلى الخالات ويقدمن على العمات نص عليه أحمد ويحتمل كلام الخرقى تقديم العمات ، لأنه قدم خالة الأب وهى أخت أمه ، على خالة الأم وهى أخت أمها ، فيدل ذلك على تقديم قرابة الأم ، ولأنهن يدلين بعصبة ، فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم .

وقال القاضى : مراد الخرقى بقوله خالة الأب ، أى : الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، لأن الخالات أخوات الأم ، فيجرين فى الاستحقاق والتقديم فيما

بينهن مجرى الأخوات المفترقات . وكذلك الحكم فى العمات المفترقات ، فإن قلنا بتقديم الخالات ، فإذا انقرضن فالعمات بعدهن . وإن قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن . فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقى . وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، وهل يقدم خالات الأب على عماته ؟ على وجهين بناء على ماذكرنا فى الخالات والعمات ، فأما عمات الأم فلا حضانة لهن ، لأنهن يدلين بأبى الأم ، وهو رجل من ذوى الأرحام لاحضانة له ، ولا لمن أدلى به .

٦٥٥٥ فصـــل

وللرجال من العصبات مدخل فى الحضانه ، وأولاهم الأب ، ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ، ثم الأخ من الأب ، ثم بنوهم ، وإن سفلوا على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ، ثم بنوهم كذلك ، ثم عمومة الأب ، ثم بنوهم ، وهذا قول الشافعى ، وقال بعض أصحابه : لاحضانه لغير الآباء والأجداد ، لأنهم لامعرفة لهم بالحضانة ، ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم يكن لهم حضانة كالأجانب .

ولنا : أن علياً وجعفراً اختصما فى حضانة ابنة حمزة ، فلم ينكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم إدعاء الحضانة ، ولأن لهم ولاية وتعصيباً بالقرابه ، فتثبت لهم الحضانة كالأب والجد ، وفارق الأجانب ، فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأن الأجانب تساووا فى عدم القرابة ، فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر ، والعصبات لهم قرابة يمتازون بها ، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد ، ويقومون مقام الأب فى التخيير للصبى بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ، ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعاً ، إلا ابن العم . فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعاً ، لأنه ليس بمحرم لها .

٦٥٥٦ فصـــل

فأما الرجال من ذوى الأرحام كالخال ، والأخ من الأم ، وأبى الأم ، وابن الأخت ، فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم ، لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة ، ولا له قوة قرابة كالعصبات، ولا حضانة إلا لمن يدلى بهم كأم أبى الأم ، وابنة الخال ، وابنة الأخ من الأم ، لأنهن يدلين بمن لاحضانة له ، فإذا لم تثبت للمدلى فللمدلين به أولى . فإن لم يكن هناك غيرهم احتمل وجهين .

أحدهما : هم أولى لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم ، كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم .

والثانى : لاحق لهم فى الحضانة وينتقل الأمر إلى الحاكم ، والأول أولى .

٦٥٥٧ فصـــــل

فى بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء .

أولى الكل بها الأم ، ثم أمهاتها وإن علون ، يقدم منهن الأقرب فالأقرب ، لأنهن نساء ولادتهن متحققة ، فهى فى معنى الأم . وعن أحمد : أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم ، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم ، لأنهن يدلين به فيكون الأب بعد الأم ، ثم أمهاته ، والأولى هى المشهورة عند أصحابنا ، وأن المقدم الأم ثم أمهاتها ، ثم الأب ، ثم أمهاته ، ثم الجد ، ثم أمهاته ، ثم جد الأب ، ثم أمهاته وإن كن غير وارثات ، لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة ، بخلاف أم أبى الأم .

وحكى عن أحمد روايه أخرى : أن الأخت من الأم ، والخالة ، أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات ، والأولى هى المشهورة فى المذهب . فإذا انقرض الآباء والأمهات وانتقلت الحضانة إلى الأخوات ، تقدم الأخت من الأبوين ، ثم الأخت من الأب ، ثم الأخت من الأم ، وتقدم الأخت على الأخ ، لانها امرأة من أهل الحضانة ، فقدمت على من فى درجتها من الرجال كالأم ، تقدم على الأب ، وأم الأب على أبى الأب ، وكل جدة فى درجة جد تقدم عليه ، لأنها تلى الحضانة بنفسها ، والرجل لايليها بنفسه .

وفيه وجه آخر : أنه يقدم عليها ، لأنه عصبة بنفسه ، والأولى أولى . وفى تقديم الأخت من الأبوين ، أو من الأب على الجد وجهان . وإذا لم تكن أخت فالأخ للأبوين أولى ، ثم الأخ للأب ، ثم أبناؤهما ، ولا حضانة للأخ للأم ، لما ذكرنا ، فإذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح ، وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات . ولا حضانة للأخوال ، فإذا عدمن صارت للعمات ، ويقدمن على الأعمام كتقديم الأخوات على الإخوة ، ثم للعم للأبوين ، ثم للعم للأب ، ولا حضانة للعم من الأم . ثم أبناؤهما ، ثم إلى خالات الأب على قول الخرق ، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، ثم إلى عمات الأب ، ولاحضانة لعمات الأم ، لأنهن يدلين بأب الأم ، ولا حضانة له . وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة فى درجة قدم المستحق منهم بالقرعة .

٦٥٥٨ فصـــــل

فإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان .

أحدهما : تنتقل إلى الأب ، لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق ، فإذا أسقطت حقها سقط فروعها .

والثانى : تنتقل إلى أمها وهو أصح ،لأن الأب أبعد ، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه ،

كما لا تنتقل إلى الأخت ، وكونهن فروعاً لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها ، كما لو سقط حقها، لكونها من غير أهل الحضانة ، أو لتزوجها ، وهكذا الحكم فى الأب إذا أسقط حقه ، هل يسقط حق أمهاته ؟ على وجهين . وإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب ، فأسقطت الأخت من الأبوين حقها ، لم يسقط حق الأخت من الأب ، لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعاً عليها .

٦٥٥٩ مســـألة

قال : ﴿ وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ، ثم طلقت ، رجعت على حقها من كفالته ﴾ .

وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، إلا أن أبا حنيفة والمزنى قالا : إن كان الطلاق رجعياً لم يعد حقها ، لأن الزوجية قائمة ، فأشبه مالو كانت فى صلب النكاح ،

ولنا : أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن ، وقولهم : إنها زوجة ، قلنا : إلا أنه قد عزلها عن فراشه ، ولم يبق لها عليه قسم ، ولا لها به شغل ، وعقد سبب زوال نكاحها ، فأشبهت البائن فى عدتها ويخرج عندنا مثل قولهما ، لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة ، مع عدم القسم والشغل بالزوج .

٦٥٦٠ فصـــل

وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع كرق أو كفر أو فسوق أو جنون أو صغر إذا زال المانع مثل أن عتق الرقيق وأسلم الكافر ، وعدل الفاسق ، وعقل المجنون ، وبلغ الصغير ، عاد حقهم من الحضانة ، لأن سببها قائم ، وإنما امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة إذا طلقت .

٦٥٦١ مســـألة

قال : ﴿ وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ، ويخشى عليه التلف ﴾ .

وجملة ذلك : أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ، ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها ، لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع فى كل الزمان من كل الجهات ، سوى أوقات الصلوات ، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع فى بعض الأوقات ، فكان له المنع كالخروج من منزله فإن اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها ، أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها ، وجب التمكين من إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها ، فقدم على حق الزوج ، كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته .

٦٥٦٢ فصـــل

فإن أرادت إرضاع ولدها منه فكلام الخرقى يحتمل وجهين :

أحدهما : أن له منعها من رضاعه ، لعموم لفظه ، وهو قول الشافعى ، لأنه يخل باستمتاعه منهافأشبه مالو كان الولد من غيره .

والثانى : ليس له منعها ، فإنه قال : وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهى أحق به من غيرها ، سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة ، وذلك لقول الله تعالى[1] : « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ » وهذا خبر يراد به أمر ، وهو عام فى كل والدة ، ولا يصح من أصحاب الشافعى حمله على المطلقات ، لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره ، وقولنا فى الوجه الأول : إنه يخل باستمتاعه . قلنا : ولكن لإيفاء حق عليه ، وليس ذلك ممتنعاً . كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب ، سيما إذا تعلق به حق الولد فى كونه مع أمه ، وحق الأم فى الجمع بينهما[2] وبين وبين ولدها ، وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبى موسى ، وهو ظاهر كلام القاضى أبى يعلى .

٦٥٦٣ فصـــل

وإن أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ، ولم يملك الزوج فسخ الإجارة ، ولا[3] منعها من الرضاع حتى تنقضى المدة ، لأن منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه ، فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة ، أو داراً مشغولة . فإن نام الصبى أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع . وليس لولى الصبى منعه . وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : ليس له وطؤها إلا برضاء الولى ، لأن ذلك ينقص اللبن .

ولنا : أن وطء الزوج مستحق بالعقد ، فلا يسقط بأمر مشكوك فيه ، كما لو أذن الولى فيه ، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولى ، فجاز مع عدمه ، لأنه ليس للولى الإذن فيما يضر الصبى ويسقط حقوقه .

٦٥٦٤ فصـــل

وإن أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ، ولزم العقد ، لأن الحق لهما ، ولا يخرج عنهما . وإن أجرتها بغير إذن الزوج لم يصح ، لما يتضمن من تفويت حق زوجها ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والآخر : يصح لأنه تناول محلا غير محل النكاح ، لكن للزوج فسخه ، لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) ف ١٨ : بينه

(٣) فى النسخ (وله منعها) والصواب (ولا منعها) كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٩٨ ف

٦٥٦٥ مســـألة

قال : ﴿ وعلى الأب أن يسترضع لولده ، إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها ، فتكون أحق به من غيرها ، سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٦٥٦٦ أولهـــا

أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على رضاعه ، دنيئة كانت أو شريفة ، سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة ، ولا نعلم فى عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً ، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا ، وبه يقول الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال ابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح : له إجبارها على رضاعه ، وهو قول أبى ثور . ورواية عن مالك ، لقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة[1] » والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه ، وإن كانت ممن ترضع فى العادة أجبرت عليه .

ولنا : قوله تعالى : « وإنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى[2] » ، وإذا اختلفا فقد تعاسرا ، ولأن الإجبار على الرضاع لايخلو ، إما أن يكون لحق الولد ، أو لحق الزوج . أولهما ، لايجوز أن يكون لحق الزوج ، فإنه لايملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ، ولا على خدمته فيما يختص به . ولايجوز أن يكون لحق الولد ، فإن ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده ، فلزم الأب على الخصوص كالنفقة ، أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لهما ، لأن مالا مناسبة فيه لايثبت الحكم بإنضمام بعضه إلى بعض ، ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة ، والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر .

٦٥٦٧ الفصل الثانى

أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهى أحق به ، سواء كانت فى حال الزوجية أو بعدها . وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد ، وقال أصحاب الشافعى : إن كانت فى حبال الزوج فلزوجها منعها من إرضاعه ، لأنه يفوت حق الإستمتاع بها فى بعض الأحيان . وإن استأجرها على رضاعه[3] لم يجز ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) سورة الطلاق آية ٦ .
(٣) فى ١٨ : إرضاعه .

لأن المنافع حق له ، فلا يجوز أن يستأجر منها ماهو أو بعضه حق له ، وإن أرضعت الولد فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين . وإن كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك ، وإن وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها فى ظاهر المذهب ، لأنه لايلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجر لم يلزم الأب بذله لها ولا يسقط حقها من الحضانة ، وتأتى المرضعة ترضعه عندها ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين ، فلم يجز الإخلال بأحدهما .

ولنا : على الأول : ماتقدم ، وعلى جواز الاستئجار : أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه ، فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة . وقولهم : إن المنافع مملوكة له غير صحيح ، فإنه لو ملك منفعة الحضانة لملك إجبارها عليها ، ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ، ولكانت الأجرة له ، وإنما امتنعت إجارة نفسها لأجنبى بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع فى بعض الأوقات ولهذا جازت بإذنه . وإذا استأجرها فقد أذن لها فى إجارة نفسها ، فصح كما يصح من الأجنبى وأما الدليل على وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى : « والوالداتُ يُرْضِعْنَ أولادَهُنَّ حولَيْنِ كامِلَيْنِ لمنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وعلى المَوْلودِ لهُ رِزْقهنَّ وكسوتهُنَّ بالمعْرُوفِ[1]) وقوله سبحانه : « فإنْ أرضَعْنَ لكُمْ فآتوهُنَّ أجُورهُنَّ[2] » ولأن الأم أحنى وأشفق ، ولبنها أمرأ من لبن غيرها ، فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ، ولأن فى رضاع غيرها تفويتاً لحق الأم من الحضانة ، وإضراراً بالولد ، ولايجوز تفويت حق الحضانة الواجب ، والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب ، وقول أبى حنيفة يفضى إلى تفويت حق الولد من لبن أمه ، وتفويت الأم فى إرضاعه لبنها ، فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه . فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها ، أو متبرعة ، جاز انتزاعه منها ، لأنها أسقطت حقها باشتطاطها ، وطلبها ماليس لها فدخلت فى عموم قوله : « فَسَترْضِعُ لَهُ أخْرَى » ، وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة فالأم أحق ، لأنهما تساوتا فى الأجر ، فكانت الأم أحق ، كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها .

٦٥٦٨ فصــــل

وإن طلبت ذاتُ الزوج الأجنبى إرضاعَ ولدها بأجرة مثلها بإذن زوجها ثبت حقها ، وكانت أحق

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) سورة الطلاق آية ٦ .

به من غيرها ، لأن الأم إنما منعت من الإرضاع لحق الزوج ، فإذا أذن فيه زال المانع ، فصارت كغير ذات الزوج ، وإن منعها الزوج سقط حقها ، لتعذر وصولها إلى ذلك .

٦٥٦٩ فصـــــل

وإن أرضعت المرأة ولدها وهى فى حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه ، لقول الله تعـالى : « وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بالمعروف »(١) . ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها ، فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم .

باب نفقة المماليك

٦٥٧٠ مســـــألة

قال رحمه الله ﴿ وعلى مُلاَّك المملوكين أن ينفقوا عليهم ، ويكسوهم بالمعروف ﴾ .

وجملة ذلك : أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع : أما السنة : فما روى أبو ذر عن عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إخوانـكم خَوَلُـكُم(٢) جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأ كل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تـكلفوهم مايَغْلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم » متفق عليه .

وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل مالا يطيق » . رواه الشافعى فى مسنده . وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ، ولأنه لابد له من نفقة ، ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به ، فوجبت نفقته عليه كبهيمته .

والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد ، سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه ، وأدم مثله بالمعروف ، لقوله عليه السلام : « للملوك طعامه وكسوته بالمعروف » . والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه ، لقوله : « فليطعمه مما يأ كل » ، فجمعنا بين الخبرين ، وحملنا خبر أبى هريرة على الإجزاء ، وحديث خبر أبى ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب ، وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه ، أو يجعله برسم خدمته ، لأن الـكل ماله . فإن جعل نفقته فى كسبه فـكانت وفق الـكسب صرفها إليها ، وإن فضل من الـكسب شىء فهو لسيده ، وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٢) خولـكم : خدمكم وعبيدكم .

وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة ، لأمثال العبد فى ذلك البلد الذى هو به ، والأولى أن يلبسه من لباسه ، لقوله عليه السلام : «وليلبسه مما يلبس» ، ويستحب أن يساوى بين عبيده الذكور فى الكسوة والإطعام ، وبين إمائه إن كن للخدمة أو الاستمتاع ، وإن كان فيهن من هو للخدمة وفيهن من هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يريدها للاستمتاع فى الكسوة ، لأن ذلك حكم العرف ، ولأن غرضه تجميل من يريدها للاستمتاع ، بخلاف الخادمة .

٦٥٧١ فصل

إذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل ، فإن لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمة أو لقمتين ، لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه ، فإن أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين» ، رواه البخارى ومعنى ترويغ اللقمة : غمسها فى المرق والدسم ، وترويتها بذلك ، ويدفعها إليه ، ولأنه يشتهيه لحضوره فيه ، وتوليه إياه ، وقد قال الله تعالى : «وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ»(١) الآية ، ولأن نفس الحاضر تتوق مالا تتوق [إليه] نفس الغائب .

٦٥٧٢ فصل

ولا يكلفه من العمل مالا يطيق ، وهو مايشق عليه ، ويقرب من العجز عنه لحديث أبى ذر ، ولأن ذلك يضر به ويؤذيه ، وهو ممنوع من الإضرار به .

٦٥٧٣ فصل

ولا يجبر المملوك على المخارجة ، ومعناه أن يضرب عليه خراجاً معلوماً يؤديه ، وما فضل للعبد . لأن ذلك عقد بينهما ، فلا يجبر عليه كالكتابة . وإن طلب العبد ذلك وأباه [السيد](٢) لم يجبر عليه أيضاً ، فإن اتفقا على ذلك جاز ، لما روى أن أبا طيبة(٣) حجم النبى صلى الله عليه وسلم فأعطاه أجره ، وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه . وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجاً . فروى أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم . وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فسأله

(١) سورة النساء آية ٨ .

(٢) فى النسخ (وأباه) والصواب (أباه السيد) كما فى مخطوطة ٢٩ ... وكما فى الشرح الكبير ج ١ ص ٢٠٣ . (ف)

(٣) فى النسخ (أبا ظبية) بالظاء المعجمة والصواب بالطاء المهملة واسمه نافع ـ والحديث أخرجه مسلم عن أنس . (ف)

أن يسأل المغيرة بن شعبة [أن] يخفف عنه من خراجه ، ثم ينتظر[1] فإن كان ذا كسب يجعل[2] عليه بقدر ما يفضل من كسبه على نفقته وخراجه شيء جاز ، فإن لهما به نفعاً ، فإن العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده فى نفقته ويتسع به ، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز ، وكذلك إن كلف من لا كسب له الخارجة لم يجز . لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الصغير الكسب ، فإنكم متى (كلفتموه)[3] الكسب سرق ، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب ، فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها . ولأنه متى كلف غير ذى الكسب خراجاً كلفه مايغلبه . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تكلفوهم مايغلبهم » ، وربما حمله ذلك على أن يأتى به من غير وجهه ، فلم يكن للسيد أخذه .

٦٥٧٤ فصــــل

وإذا مرض المملوك أو زمن أو عمى انقطع كسبه فعلى سيده القيام به ، والإنفاق عليه ، لأن نفقته تجب بالملك ، ولهذا تجب مع الصغر ، والملك باق مع العمى والزمانة ، فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة فى أول الباب .

٦٥٧٥ مســــألة

قال : ﴿ وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك ﴾ .

وجملة ذلك أنه يجب على السيد إعفاف مملوكه إذا طلب ذلك ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجبر عليه ، لأن فيه ضرراً عليه ، وليس مما تقوم به البينة ، فلم يجبر عليه كإطعام الحلواء .

ولنا : قوله تعالى[4] : « وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ » والأمر يقتضى الوجوب ، ولا يجب إلا عند الطلب . وروى عن عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها ، أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ، ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الإثم بفعلهما ، ولأنه مكلف محجور عليه دعى [سيده] إلى تزويجه

---

(١) فى ١٨ : ثم ينظر . . ومثله فى الشرح الكبير ص ٣٠٣ ج ٩ .

(٢) فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٠٣ (لجعل عليه) . (ف)

(٣) فى النسخ (تكلفوه) بحذف نون الرفع والصواب (كلفتموه) كما فى الشرح الكبير ص٣٠٣ (ف)

(٤) سور الطلاق آية ٢٢ .

فلزمته إجابته كالمحجور عليه للسفه ، ولأن النـكاح مما تدعو إليه الحاجة غالباً : ويتضرر بفواته ، فأجبر عليه كالنفقة ، بخلاف الحلواء .

إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها[1] ، وله أن يزوجه عند طلبه ، لأن هذا مما يختلف الناس فيه وفى الحاجة إليه ، ولا تعلم حاجته إلا بطلبه ، ولا يجوز تزويجه إلا باختياره ، فإن إجبار العبد الـكبير على النـكاح غير جائز ، فأما الأمة فالسـيد مخير بين تزويجها إذا طلبت ذلك ، وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره ، لأن المقصود قضاء الحاجة ، وإزالة ضرر الشهوة ، وذلك يحصل بأحدهما ، فلم يتعين أحدهما .

٦٥٧٦ فصـــــل

وإذا كان للعبد زوجة فعلى سـيده تمـكينه من الاستمتاع بهـا ليلا ، لأن إذنه فى النـكاح إذن فى الاستمتاع المعتاد ، والعادة جارية بذلك ليلا ، وعليه نفقة زوجته على ماقدمنا .

٦٥٧٧ مســــألة

قال : ﴿ فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك ﴾ .

وجملته : أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج ، فطلب العبد البيع ، أجبر سيده عليه ، سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه ، أو مع قدرته عليه ، لأن بقاء ملـكه عليه مع الإخلال بسد خلاته إضرار به ، وإزالة الضرر واجبة ، فوجبت إزالته ، ولذلك أبحنا المرأة فسخ النـكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها .

وقد روى فى بعض الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «عبدك يقول أطعمنى وإلا فبعنى، وامرأتك تقول أطعمنى أو طلقنى[2] » ، وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه ، وقد نص عليه أحمد . قال أبو داود : قيل لأبى عبد الله رحمه الله : استباعت المملوكة[3] وهو يـكسوها مما يلبس ، ويطعمها مما يأكل . قال : لاتباع وإن أكثرت من ذلك ، إلا أن تحتاج إلى زوج ، فتقول : زوجنى . وقال عطاء ، وإسحاق ، فى العبد يحسن إليه سيده وهو يستبيع :

---

(١) فى ١٨ يتسرى بها .

(١) نص الحديث فى البخارى عن أبى هريرة قال قال صلى الله عليه وسلم « أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول ، تقول المرأة : إما أن تطعمنى وإما أن تطلقنى ويقول العبد : أطعمنى واستعملنى ويقول الابن أطعمنى ، إلى من تدعنى ... » ف

(٣) على هامش ١٨ : بزيادة (نفسها) . من نسخة أخرى . أى : طلبت من سيدها بيعها .

لا يبيعه ، لأن الملك للسيد ، والحق له ، فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد ، كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ، ولا على بيع بهيمته مع الإنفاق عليها .

٦٥٧٨ مســـــألة

قال ﴿ وليس عليه نفقة مكاتبه إلا أن يعجز ﴾ .

لاخلاف فى أن المـكاتب لاتلزم سيده نفقته ، لأن الـكتابة عقد أوجب ملك المـكاتب إكساب نفسه ومنافعه ، ومنع السيد من التصرف فيهما ، فلا يملك استخدامه ، ولا إجارته ، ولا إعارته ، ولا أخذ كسبه ، ولا أرش الجناية عليه ، ولا يلزمه أداء أرش جنايته ، فسقطت نفقته عنه ، كما لو باعه أو أعتقه . فإذا عجز عاد رقيقاً قناً ، وعاد إليه ملك نفعه وإكسابه ، فعادت عليه نفقته ، كما لو اشتراه بعد بيعه .

٦٥٧٩ مســـــألة

قال ﴿ وليس له أن يسترضع الأمة لغيرها ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ريِّه ﴾ .

أما إذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لاينفصل عنه ، فليس له ذلك ، لأن فيه إضراراً بولدها لنقصه من كفايته ، وصرف اللبن المخلوق لولدها إلى غيره ، مع حاجته إليه ، فلم يجز كما لو أراد أن ينقص الـكبير من كفايته ومؤنته ، فإن كان فيها فضل عن رى ولدها جاز ، لأنه ملـكه ، وقد استغنى عنه الولد ، فـكان له استيفاؤه كالفاضل من كسبها عن مؤنتها ، وكما لو مات ولدها وبقى لبنها .

٦٥٨٠ مســـــألة

قال ﴿ وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده ﴾ .

وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الرهن[1] من راهنه له غنمه ، وعليه غرمه » ، ونفقته من غرمه ، ولأنه ملك الراهن ، ونماؤه له ، فـكانت عليه نفقته كغير الرهن ، وقد ذكرت هذه المسألة فى باب الرهن .

٦٥٨١ مســـــألة

قال ﴿ وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ﴾ .

---

(١) عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه » . أخرجه الدارقطنى والحاكم ورجاله ثقات إلا أن المحفوظ عنـــد أبى داود وغيره إرساله (ف)

إنما كان كذلك لأن نفقة العبد على سيده ، وقد قام الذى جاء به مقام سيده فى الواجب عليه ، فرجع به عليه كما لو أذن له . وقال الشافعى : لا يرجع بشىء ، لأنه متبرع بإنفاق لم يجب عليه .

ولنا أنه أدى عنه ماوجب عليه عند تعذر أدائه منه ، فرجع به عليه ، كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأته مايجب عليه من النفقـة . ويتخرج ألا يرجع بشىء ، بنـاء على الرواية الأخرى فيمن أنفق على الرهن الذى عنده ، أو الوديعة ، أو الجمال إذا هرب الجمال فتركها مع المستأجر .

٦٥٨٢ فصـــــل

وله تأديب عبده وأمته إذا أذنبا بالتوبيخ والضرب الخفيف ، كما يؤدب ولده وامرأته فى النشوز ، وليس له ضربه على غير ذنب ، ولا ضربه ضرباً مبرحاً وإن أذنب ، ولا لطمه فى وجهه ، وقد روى عن عن ابن مقرن المزنى ، قال : لقد رأيتنى سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحـد ، فلطمها أحدنا ، فأمرنا النبى صلى الله عليه وسلم بإعتاقها فأعتقناها[1] . وروى عن أبى مسعود قال[2] : كنت أضرب غلاماً لى ، فإذا رجل من خلفى يقول : « إعلم أبا مسعود ، إعلم أبا مسعود » ، فالتفت فإذا النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « إعلم أبا مسعود ، أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام » .

٦٥٨٣ فصـــــل

ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها ، والإنفاق عليها ماتحتاج إليه من علفها ، أو إقامة من يرعاها ، لمـا روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عذبت امرأة فى هرة حبستها حتى ماتت جوعاً ، فلاهى أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الأرض » . متفق عليه . فإن امتنع من الإنفاق عليها أجبر على ذلك ، فإن أبى أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مما يذبح . وقال أبو حنيفة : لا يجبره السـلطان ، بل يأمره به كما يأمره بالمعروف ، وينهاه عن المنـكر ، لأن البهيمة لا يثبت لهـا حق من جهة الحـكم ، ألا ترى أنه لا تصح منها الخصومة ، ولا ينصب عليها خصم ، فصارت كالزرع والشجر .

ولنا : أنها نفقة حيوان واجبة عليه ، فـكان للسلطان إجباره عليهـا كنفقة العبيد ، ويفارق نفقة الشجر والزرع ، فإنها لا تجب ، فإن عجز عن الإنفاق وامتنع من البيع بيعت عليه ، كما يباع العبد

---

(١) أخرجه أبو داود عن سويد بن مقرن . (ف)

(٢) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى عن أبى مسعود البدرى . (ف)

إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته ، وكما يفسخ نـكاحه إذا أعسر بنفقـة امرأته ، وإن عطبت البهيمة فلم ينتفع بها . فإن كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والإنفاق عليها ، وإن كانت مما لا يؤكل أجبر على الإنفاق عليها كالعبد الزَّمِن على ماذكرناه فيما مضى ، ولا يجوز أن يحمل البهيمة مالا تطيق ، لأنها فى معنى العبد ، وقد منع النبى صلى الله عليه وسلم تـكليف العبد مالا يطيق ، ولأن فيه تعذيباً للحيوان الذى له حرمة فى نفسه ، وإضراراً به وذلك غير جائز ، ولا يحلب من لبنها إلاما يفضل عن كفاية ولدها، لأن كفايته واجبة على مالـكه ، ولبن أمه مخلوق له ، فأشبه ولد الأمة .

كتاب الجراح

يعنى كتاب الجنايات . وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به ، والجناية : كل فعل عدوان على نفس ، أو مال ، لكنها فى العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدى على الأبدان . وسموا الجنايات على الأموال غصباً ، ونهباً ، وسرقة ، وخيانة ، وإتلافاً .

٦٥٨٤ فصل

وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق ، والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى : « وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إلاَّ بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً(١) » . وقال تعالى : « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إلاَّ خَطَأً »(٢) وقال : « وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ(٣) » الآية . وأما السنة : فروى عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله ، وأنى رسول الله ، إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه ، المفارق للجماعة » . متفق عليه ، وروى عثمان وعائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله فى آى وأخبار سوى هذه كثيرة .

ولا خلاف بين الأمة فى تحريمه ، فإن فعله إنسان متعمداً فسق ، وأمره إلى الله ، إن شاء عذبه ، وإن شاء غفر له ، وتوبته مقبولة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس : إن توبته لاتقبل(٤) ، للآية التى ذكرناها ، وهى من آخر ما نزل قال ابن عباس : ولم ينسخها شىء ، ولأن لفظ الآية لفظ الآية لفظ الخبر ، والأخبار لايدخلها نسخ ولا تغيير ، لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقاً .

ولنا : قول الله تعالى : « إنَّ اللهَ لاَ يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَادُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ(٥) » . فجعله داخلا فى المشيئة . وقال تعالى : « إنَّ اللهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً(٦) » وفى الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن(٧) رجلا قتل مائة رجل ظلماً ، ثم سأل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله ، فقال : ومن يحول بينك وبين التوبة ، ولكن أخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة ، فاعبد الله فيها ،

---

(١) سورة الإسراء آية ٣٣ (٢) سورة النساء آية ٩٢
(٣) سورة النساء آية ٩٣ (٤) فى ١٨ : لاتقبل توبته .
(٥) سورة النساء آية ١١٦ (٦) سورة الزمر آية ٥٣
(٧) أخرجه البخارى عن أبى سعيد المنذرى وقد رواه المؤلف بمعناه . (ف) .

فخرج تائباً ، فأدركه الموت فى الطريق ، فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ، فبعث الله إليهم ملكا ، فقال : قيسوا مابين القريتين ، فإلى أيهما كان أقرب فاجعلوه من أهلها ، فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر ، فجعلوه من أهلها » ولأن التوبة تصح من الكفر ، فمن القتل أولى ، والآية محمولة على من لم يتب ، أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه ، وله العفو إذا شاء . وقوله : لايدخلها النسخ ، قلنا : لكن يدخلها التخصيص والتأويل .

٦٥٨٥ مســـألة

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ والقتل على ثلاثة أوجه : عمد ، وشبه العمد ، وخطأ ﴾ .

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسما إلى هذه الأقسام الثلاثة . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وبه قال الشعبي ، والنخعي ، وقتادة ، وحماد ، وأهل العراق ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأنكر مالك شبه العمد ، وقال : ليس فى كتاب الله إلا العمد ، والخطأ . فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا ، وجعله من قسم العمد . وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل ، منها أربعون فى بطونها أولادها » . رواه أبو داود وفى لفظ : « قتيل خطأ العمد » وهذا نص يقدم على ماذكره ، وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام . فزاد قسما رابعاً وهو ماأجرى مجرى الخطأ . نحو أن ينقلب نائم على شخص فيقتله ، أو يقع عليه من علو ، والقتل بالسبب ، كحفر البئر ، ونصل السكين ، وقتل غير المكلف أجرى[1] الخطأ ، وإن كان عمداً ، وهذه الصورة التى ذكرها عند الأكثرين من قسم الخطأ ، فإن صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده ، وليس هو من أهل القصد الصحيح ، فسموه خطأ ، فأعطوه حكمه ، وقد صرح الخرقى بذلك ، فقال فى الصبى والمجنون : عمدهما خطأ .

٦٥٨٦ مســـألة

قال : ﴿ فالعمد ماضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط ، أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله ، أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة ، أو فعل به فعلا الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف ﴾ .

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

٦٥٨٧ أحـــدهما

أن يضربه بمحدد ، وهو مايقطع ، ويدخل فى البدن ، كالسيف والسكين والسنان ومافى معناه مما يحدد فيجرح ، من الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والذهب ، والفضة ، والزجاج ، والحجر ، والقصب

(١) الأولى (أجرى مجرى الخطأ) (ف)

والخشب . فهذا كله إذا جرح به جرحاً كبيراً فمات فهو قتل عمد لاخلاف فيه بين العلماء فيما علمناه . فأما إن جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجام ، أو غرزة بإبرة أو شوكة نظرت . فإن كان فى مقتل كالعين والفؤاد ، والخاصرة ، والصدغ ، وأصل الأذن ، فمات فهو عمد أيضاً ، لأن الإصابة بذلك فى المقتل كالجرح بالسكين فى غير المقتل . وإن كان فى غير مقتل نظرت . فإن كان قد بالغ فى إدخالها فى البدن فهو كالجرح الكبير ، لأن هذا يشتد ألمه ، ويفضى إلى القتل كالكبير . وإن كان الغور يسيراً ، أو جرحه بالكبير جرحاً لطيفاً ، كشرطة الحجام فما دونها ، فقال أصحابنا : إن بقى من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود ، لأن الظاهر أنه مات منه ، وإن مات فى الحال ففيه وجهان :

أحدهما : لاقصاص فيه ، قاله ابن حامد : لأن الظاهر أنه لم يمت منه ، ولأنه لايقتل غالباً ، فأشبه العصا والسوط والتعليل الأول أجود لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان ذلك شبهة فى درء القصاص ولو كانت العلة كونه لايحصل به القتل غالباً لم يفترق الحال بين موته فى الحال وموته متراخياً عنه كسائر مالا يجب به القصاص .

والثانى : فيه القصاص لأن المحدد لايعتبر فيه غلبة الظن فى حصول القتل به بدليل مالو قطع شحمة أذنه ، أو قطع أنملته ، ولأنه لما لم يكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محدداً ، ولا يعتبر ظهور الحكم فى آحاد صور المظنة بل يكفى احتمال الحكمة ، ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقى ضمنا مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفضاء وإبطائه . ولأنّ فى البدن مقاتل خفية ، وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير ، وهذا ظاهر كلام الخرقى فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير وهو مذهب أبى حنيفة وللشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا .

٦٥٨٨ النوع الثانى

القتل بغير المحدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً وبه قال النخعى ، والزهرى ، وابن سيرين ، وحماد ، وعمرو بن دينار ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، والشافعى وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال الحسن : لاقود فى ذلك ، وروى ذلك عن الشعبى ، وقال ابن المسيب ، وعطاء وطاوس : العمد ما كان بالسلاح . وقال أبو حنيفة : لاقود فى ذلك إلا أن يكون قتله بالنار ، وعنه فى مثقل الحديد روايتان ، واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » فسماه عمد الخطأ ، وأوجب فيه الدية دون القصاص ، ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه ، فيجب ضبطه بمظنته ، ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالباً ، لحصول العمد بدونه فى الجرح الصغير ، فوجب ضبطه بالجرح .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا)(١) وهذا مقتول ظلماً . وقال الله تعالى : (كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى)(٢) .

وروى أنس : « أن يهودياً قتل جارية على أوضاح(٣) لها بحجر ، فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين » متفق عليه . وروى أبو هريرة قال قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما يودى ، وإما أن يقاد » متفق عليه ، ولأنه يقتل غالباً ، فأشبه المحدد . وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير ، لأنه ذكر العصا والسوط ، وقرن به الحجر ، فدل على أنه أراد مايشبههما ، وقولهم : لايمكن ضبطه ممنوع ، فإننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به ، فإذا شككنا لم نوجبه مع الشك ، وصغير الجرح قد سبق القول فيه ، ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح ، بدليل مالو قتله بالنار ، أو بمثقل الحديد . إذا ثبت هذا فإن هذا النوع يتنوع أنواعاً :

٦٥٨٩ أحـــدها

أن يضربه بمثقل كبير يقتل مثله غالباً ، سواء كان من حديد كاللات والسندان والمطرقة ، أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة ، وحدّ الخرقى الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط ، يعنى العمد التى يتخذها الأعراب لبيوتها وفيها دقة ، فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالباً فلم يردها الخرقى ، وإنما حد الموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما سئل عن المرأة التى ضربت جاريتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنينها ، قضى النبى صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغُرّة ، وقضى بالدية على عاقلتها والعاقلة لاتحمل العمد ، فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد ، وإن كان أعظم منه فهو عمد ، لأنه يقتل غالباً ، ومن هذا النوع أن يلقى عليه حائطاً أو صخرة أو خشبة عظيمة ، أو ماأشبه ، مما يهلكه غالباً ، فيهلكه ، ففيه القود ، لأنه يقتل غالباً .

٦٥٩٠ النوع الثانى

أن يضربه بمثقل صغير ، كالعصى ، والسوط ، والحجر الصغير ، أو يلكزه بيده فى مقتل ، أو فى حال ضعف من المضروب ، لمرض أو صغر ، أو فى زمن مفرط الحر ، أو البرد ، بحيث تقتله الضربة ، أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالباً ، ففيه القود ، لأنه قتله بما يقتل مثله غالباً ، فأشبه الضرب بمثقّل كبير . وإن لم يكن كذلك فى جميع ماذكرناه فهو عمد الخطأ ، وفيه الدية ، إلا أن يصغر جداً ، كالضربة بالقلم والأصبع فى غير مقتل ، ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به ، فلا قود فيه ولا دية ، لأنه لم يمت به ،

(١) سورة الإسراء آية ٣٣ (٢) سورة البقرة آية ١٨٧ .

(٣) أوضاح : جمع وضح وهو نوع من الحلى يعمل من الفضة سميت بها لبياضها (ف)

وكذلك إن مسه بالكبير ، ولم يضربه به ، لأن الدية إنما تجب بالقتل ، وليس هذا بقتل .

٦٥٩١ النوع الثالث

أن يمنع خروج نفسه ، وهو ضربان :

أحدهما : أن يجعل فى عنقه خراطة ثم يعلقه فى خشبة أو شىء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت فهذا عمد ، سواء مات فى الحال أو بقى زمناً ، لأن هذا أوحى أنواع الخنق ، وهو الذى جرت العادة بفعله من الولاة فى اللصوص وأشباههم من المفسدين .

والضرب الثانى : أن يخنقه وهو على الأرض بيديه ، أو منديل ، أو حبل ، أو يغمه بوسادة أو شىء يضعه على فيه وأنفه ، أو يضع يديه عليهما فيموت . فهذا إن فعل به ذلك مدة يموت فى مثلها غالباً فمات فهو عمد فيه القصاص ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، والشافعى . وإن فعله فى مدة لا يموت فى مثلها غالباً فمات فهو عمد الخطأ ، إلا أن يكون ذلك يسيراً فى العادة بحيث لا يتوهم الموت منه ، فلا يوجب ضماناً ، لأنه بمنزلة لمسه ، وإن خنقه وتركه مثلا حتى مات ففيه القود ، لأنه مات من سراية جنايته ، فهو كالميت من سراية الجرح ، وإن تنفس وصح ثم مات فلا قود ، لأن الظاهر أنه لم يمت منه ، فأشبه مالو اندمل الجرح ثم مات .

٦٥٩٢ النوع الرابع

أن يلقيه فى مهلكة ، وذلك على أربعة أضرب :

أحدها : أن يلقيه من شاهق ، كرأس جبل ، أو حائط عال : يهلك به غالباً ، فيموت فهو عمد .

الثانى : أن يلقيه فى نار ، أو ماء يغرقه ، ولا يمكنه التخلص منه ، إما لكثرة الماء ، أو النار ، وإما لعجزه عن التخلص ، لمرض أو صغر ، أو كونه مربوطاً ، أو منعه الخروج ، أو كونه فى حفيرة لا يقدر على الصعود منها ، ونحو هذا . أو ألقاه فى بئر ذات نفس فمات به ، عالماً بذلك ، فهذا كله عمد ، لأنه يقتل غالباً ، وإن ألقاه فى ماء يسير يقدر على الخروج منه ، فلبث فيه اختياراً حتى مات فلا قود فيه ولا دية ، لأن هذا الفعل لم يقتله ، وإنما حصل موته بلبثه فيه ، وهو فعل نفسه ، فلم يضمنه غيره ، وإن تركه فى نار يمكنه التخلص منها لقلتها ، أو كونه فى طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة ، فلم يخرج حتى مات فلا قود ، لأن هذا لا يقتل غالباً ، وهل يضمنه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يضمنه ، لأنه مهلك لنفسه بإقامته ، فلم يضمنه كما لو ألقاه فى ماء يسير ، لكن يضمن ماأصابت النار منه .

والثانى : يضمنه ، لأنه جانٍ بالإلقاء المفضى إلى الهلاك ، وترك التخلص لا يسقط الضمان : كما لو فصده

فترك شد فصاده ، مع إمكانه ، أو جرحه فترك مداواة جرحه ، وفارق الماء ، لأنه لايهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد ، وأما النار فيسيرها يهلك ، وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله : أنا قادر على التخلص ، أو نحو هذا ، لأن النار لها حرارة شديدة ، فربما أزعجته حرارتها عن معرفة مايتخلص به ، أو أذهبت عقله بألمها وروعتها ، وإن ألقاه فى لجة لايمكنه التخلص منها فالتقمه حوت ففيه وجهان :

أحدهما : عليه القود ، لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك ، فأشبه مالو غرق فيها .

والثانى : لاقود عليه ، لأنه لم يهلك بها ، أشبه مالو قتله آدمى آخر ، وإن ألقاه فى ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه ، لأن الذى فعله لايقتل غالباً وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله .

الضرب الثالث : أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر فى مكان ضيق ، كزبية[1] ونحوها ، فيقتله ، فهذا عمد فيه القصاص ، إذا فعل السبع به فعلا يقتل مثله ، وإن فعل به فعلا لو فعله الآدمى لم يكن عمداً لم يجب القصاص به ، لأن السبع صار آلة للآدمى ، فكان فعله كفعله ، وإن ألقاه مكتوفاً بين يدى الأسد أو النمر فى فضاء فأكله فعليه القود ، وكذلك إن جمع بينه وبين حية فى مكان ضيق فنهشته فقتلته ، فعليه القود ، وقال القاضى : لاضمان عليه فى الصورتين ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن الأسد والحية يهربان من الآدمى ، ولأن هذا سبب غير ملجىء .

ولنا : أن هذا يقتل غالباً ، فكان عمداً محضاً ، كسائر الصور ، وقولهم : إنهما يهربان غير صحيح ، فإن الأسد يأخذ الآدمى المطلق ، فكيف يهرب من مكتوف ألقى إليه ليأكله ؟ والحية إنما تهرب فى مكان واسع ، أما إذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ماهو العادة .

وقد ذكر القاضى فيمن ألقى مكتوفاً فى أرض مسبعة ، أو ذات حيات فقتلته ، أن فى وجوب القصاص روايتين ، وهذا تناقض شديد ، فإنه نفى الضمان بالكلية فى صورة كان القتل فيها أغلب ، وأوجب القصاص فى صورة كان فيها أندر ، والصحيح أنه لاقصاص ههنا ، ويجب الضمان ، لأنه فعل به فعلا متعمداً تلف به لايقتل مثله غالباً ، وإن أنهشه حية أو سبعاً فقتله فعليه القود . إذا كان ذلك مما يقتل غالباً ، فإن كان مما لايقتل غالباً كثعبان الحجاز ، أو سبع صغير ، ففيه وجهان :

أحدهما : فيه القود ، لأن الجرح لايعتبر فيه غلبة حصول القتل به ، وهذا جرح ، ولأن الحية من جنس مايقتل غالباً .

---

(١) الزبية : الرابية لايعلوها الماء وفى المثل : (قد بلغ السيل الزبى) وهى أيضاً حفرة تحفر للأسد وكانوا يحفرونها فى مكان مرتفع .

والثانى : هو شبيه العمد ، لأنه لايقتل غالباً ، أشبه الضرب بالعصا والحجر . وإن كتفه وألقاه فى أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات ، فهو شبه العمد . وقال أصحاب الشافعى : هو خطأ محض .

ولنا : أنه فعل به فعلا لايقتل مثله غالباً عمداً ، فأفضى إلى هلاكه ، أشبه مالو ضربه بعصاً فمات ، وكذلك إن ألقاه مشدوداً فى موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه ، فأما إن كان فى موضع يعلم وصول زيادة الماء إليه فى ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض ، وإن كانت غير معلومة ، إما لكونها تحتمل الوجود وعدمه ، أو لاتعهد أصلا ، فهو شبه عمد .

الضرب الرابع : أن يحبسه فى مكان ، ويمنعه الطعام والشراب مدة لايبقى فيها حتى يموت ، فعليه القود ، لأن هذا يقتل غالباً ، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال ، فإذا كان عطشان فى شدة الحرّ مات فى الزمن القليل ، وإن كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت إلا فى زمن طويل ، فتعتبر هذا فيه . وإن كان فى مدة يموت فى مثلها غالباً ففيه القود [وإن كان لايموت[1] فى مثلها غالباً ففيه القود] وإن كان لايموت فى مثلها غالباً فهو عمد الخطأ ، وإن شككنا فيها لم يجب القود ، لأننا شككنا فى السبب ، ولا يثبت الحكم مع الشك فى سببه ، سيما القصاص الذى يسقط بالشبهات .

٦٥٩٣ النوع الخامس

أن يسقيه سماً ، أو يطعمه شيئاً قاتلا فيموت به ، فهو عمد[2] موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالباً ، وإن خلطه بطعام وقدمه إليه فأكله أو أهداه إليه ، أو خلطه بطعام رجل ، ولم [يعلم] ذلك ، فأكله فعليه القود ، لأنه يقتل غالباً . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لاقود عليه ، لأنه أكله مختاراً ، فأشبه مالو قدم إليه سكيناً فطعن بها نفسه . ولأن أنس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة مسمومة ، فأكل منها النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يقتلها النبى صلى الله عليه وسلم . قال : وهل يجب القود ؟ فيه قولان :

ولنا : خبر اليهودية ، فإن أبا سلمة قال فيه : فمات بشر بن البراء ، فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فقتلت . أخرجه أبو داود ، ولأن هذا يقتل غالباً ، ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً ، فأوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه ، فأما حديث أنس فلم يذكر فيه أن أحداً مات منه ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به ، ويجوز أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء ، فلما مات أرسل إليها النبى صلى الله عليه وسلم فسألها ، فاعترفت ، فقتلها ، فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ،

---

(١) ما بين الحاصرين لا وجود له فى الشرح الكبير ج ٩ ص٣٢٧ وموجود فى نسخ المغنى وحذفه هو الصواب . ف

(٢) فى ٣٩ : وهو عمد .

ويتعين حمله عليه جمعاً بين الخبرين ، ويجوز أن يترك قتلها لكونها ماقصدت بشر بن البراء ، إنما قصدت قتل النبي صلى الله عليه وسلم ، فاختل العمد بالنسبة إلى بشر ، وفارق تقديم السكين ، لأنها لاتقدم إلى إنسان ليقتل بها نفسه ، إنما تقدم إليه لينتفع بها ، وهو عالم بمضرتها ونفعها ، فأشبه مالو قدم إليه السم وهو عالم به .

فأما إن خلط السم بطعام نفسه ، وتركه فى منزله ، فدخل إنسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية ، لأنه لم يقتله ، وإنما الداخل قتل نفسه ، فأشبه مالو حفر فى داره بئراً فدخل رجل فوقع فيها ، وسواء قصد بذلك قتل الآكل ، مثل أن يعلم ظالماً يريد هجوم داره فترك السم فى الطعام ليقتله ، فهو كما لو حفر بئراً فى داره ليقع فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ، ولو دخل بإذنه فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمنه لذلك ، وإن خلطه بطعام رجل أو قدم إليه طعاماً مسموماً وأخبره بسمه ، فأكله لم يضمنه ، لأنه أكله عالماً بحاله ، فأشبه مالو قدم إليه سكيناً فوجأ بها نفسه ، وإن سقى إنساناً سماً أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكان مما لايقتل مثله غالباً فهو شبه عمد ، فإن اختلف فيه هل يقتل مثله غالباً أو لا ، وثم بينة تشهد ، عمل بها ، وإن قالت البينة : هو يقتل النِّضْوَ الضعيف دون القوى ، أو غير هذا عمل على حسب ذلك ، وإن لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقى ، لأن الأصل عدم وجوب القصاص ، فلا يثبت بالشك ، ولأنه أعلم بصفة ماسقى . وإن ثبت أنه قاتل . فقال : لم أعلم أنه قاتل . ففيه وجهان :

أحدهما : عليه القود ، لأن السم من جنس مايقتل به غالباً فأشبه مالو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت منه .

والثانى : لاقود عليه ، لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل ، وهذه شبهة يسقط بها القود .

٦٥٩٤ النوع السادس

أن يقتله بسحر يقتل غالباً ، فيلزمه القود ، لأنه قتله بما يقتل غالباً ، فأشبه مالو قتله بسكين ، وإن كان مما لايقتل غالباً ، أو كان مما يقتل ولا يقتل ، ففيه الدية دون القصاص لأنه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا .

٦٥٩٥ النوع السابع

أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالباً . وذلك أربعة أضرب :

أحدها : أن يُكْرِهَ رجلا على قتل آخر . فيقتله ، فيجب القصاص على المُكْرِهِ والمُكْرَهِ جميعاً . وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يجب القصاص على المُكْرِهِ دون المباشر ، لقوله عليه الصلاة

والسلام : « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن المـكرَهِ آلة المـكرِه ، بدليل وجوب القصاص على المـكرِه ، ونقل فعله إليه ، فلم يجب على المُـكرَهِ . كما رمى به عليه فقتله ، وقال زفر : يجب على المباشر دون المـكرِه ، لأن المباشرة تقطع حكم السبب ، كالحافر مع الدافع ، والآمر مع القاتل . وقال الشافعى : يجب على المـكره ، وفى المـكر، قولان ، وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما ، لأن المـكره لم يباشر القتل ، فهو كحافر البئر ، والمـكره مُلْجَأ فأشبه المرمى به على إنسان .

ولنا : على وجوبه على المـكره : أنه تسبب إلى قتله بما يفضى إليه غالباً ، فأشبه ما لو ألسعه حية ، وألقاه على أسد فى زُبية .

ولنا : على وجوبه على المـكره : أنه قتله عمداً ظلماً لاستبقاء نفسه ، فأشبه ما لو قتله فى المخمصة ليأكله . وقولهم : إن المـكره ملجأ غير صحيح ، فإنه متمـكن من الامتناع ، ولذلك أثم بقتله وحرم عليه ، وإنما قتله عند الإكراه ظناً منه أن فى قتله نجاة نفسه ، وخلاصه من شر المكره . فأشبه القاتل فى المخمصة ليأكله .

وإن صار الأمر إلى الدية وجبت عليهما ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : لا دية على المـكره بناء منهما على أنه آلة ، وقد بينا فساده . وإنما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعاً ، فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل ، وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد فى الإحرام ، والمباشر والردء[1] كالمباشر فى المحاربة : فعلى هذا إن أحب الولى قتل أحدهما ، وأخذ نصف الدية من الآخر ، أو العفو عنه فله ذلك .

الضرب الثانى : إذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله ، فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً ، وكذبهما فى شهادتهما ، فعليهما القصاص . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لاقصاص عليهما ، لأنه تسبب غير ملجىء ، فلا يوجب القصاص كحفر البئر .

ولنا : ما روى القاسم بن عبد الرحمن : أن رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ، ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال على : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، وغرمهما دية يده ، ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالباً ، فوجب[2] عليهما القصاص كالمـكره .

الضرب الثالث : الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل عالماً بذلك . متعمداً ، فقتله واعترف بذلك

---

(١) الردء : العون (ف) .

(٢) فى المطبوعة على . وما فى ١٨ أوضح . (٢) فى ١٨ : يقتل به غالباً .

وجب القصاص ، والـكلام فيه كالـكلام فى الشاهدين ، ولو أن الولى الذى باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود ، وتعمد قتله ، فعليه القصاص ، لا أعـلم فيه خلافاً . فإن أمر الشاهدان والحاكم والولى جميعاً بذلك ، فعلى الولى القصاص ، لأنه باشر القتل عمداً وعدواناً ، وينبغى ألا يجب على غيره شىء ، لأنهم متسببون ، والمباشرة تبطل حكم السبب كالدافع مع الحافر ، ويفارق هذا ما إذا لم يقر ، لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل فى حقه ظلماً ، فكان وجوده كعدمه ، ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم ، لأن الجميع متسببون .

وإن صار الأمر إلى الدية فهى عليهم أثلاثاً ، ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده ، لأن تسببه أخص من تسببهم ، فإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله . فأشبه المباشر مع المتسبب ، ولو كان الولى المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه نظرت فى الوكيل فإن أقر بالعلم وتعمد القتل ظلماً فهو القاتل وحده ، لأنه مباشر للقتل عمداً ظلماً من غير إكراه فتعلق الحكم به ، كما لو أمر بالقتل فى غير هذه الصورة ، وإن لم يعترف بذلك : فالحكم متعلق بالولى ، كما لو باشره . والله أعلم .

٦٥٩٦ مســـألة

قال ﴿ ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء . وكان المقتول حراً مسلماً ﴾ .

أجمع العلماء على أن القود لا يجب إلا بالعمد ، ولا نعلم بينهم فى وجوبه بالقتل العمد إذا اجتمعت شروطه خلافاً ، وقد دلت عليه الآيات والأخبار بعمومها فقال الله تعالى : ﴿ ومَنْ قُتِلَ مظلوماً فقدْ جعلنا لوليِّه سُلْطاناً فلا يُسْرِفْ فى القَتْلِ ﴾[1] وقال تعالى : « كتب عليكُمُ القِصَاصُ فى القَتْلَى »[2] وقال تعالى : « ولكُمْ فى القِصَاصِ حَيَاة »[3] يريد والله أعلم : أن وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقة على نفسه من القتل ، فتبقى الحياة فيمن أريد قتله . وقيل : إن القاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبيلة المقتول ، فيريد قتلهم خوفاً منهم ، ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاء ، ففى الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين ، وقال الله تعالى «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ»[4] الآية ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يقتل ، وإما أن يدى » متفق عليه .

وروى أبو شريح الخزاعى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث ، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه : أن يقتل ، أو يعفو ، أو يأخذ الدية » .

---

(١) سورة الإسراء آية ٣٣ . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .
(٣) سورة البقرة آية ١٧٩ . (٤) سوة المائدة آية ٤٥ .

رواه أبو داود . وفى لفظ : « فمن قتل له بعد مقالتى قتيل فأهله بين خيرتين : أن يأخذوا الدية، أو يقتلوا» . وقال عليه السلام : « العمد قود ، إلا أن يعفو ولى المقتول » . وفى لفظ : « من قتل عامداً فهو قود » . رواه أبو داود ، وفى لفظ رواه ابن ماجة : « من قتل عامداً فهو قود . ومن حال بينه وبين فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل » .

وقول الخرقى : إذا اجتمع عليه الأولياء ، يعنى إذا كان المقتول أولياء يستحقون القصاص . فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه ، ولو عفا واحد منهم سقط كله ، وإن كان بعضهم غائباً أو غير مكلف لم يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ، ويختار القصاص ، أو يوكل ، ويبلغ الصبى ، ويفيق المجنون ويختاراه . وقوله : إذا كان المقتول حرا مسلماً يعنى مكافئاً للقاتل ، فإذا كان القاتل حراً مسلماً ، اشترط كون المقتول حراً مسلماً لتحقق المكافأة بينهما ، فإن الكافر[1] لا يكافىء المسلم والعبد لا يكافىء الحر .

٦٥٩٧ فصــــل

وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله ، وإن كان مجدع الأطراف ، معدوم الحواس ، والقاتل صحيح سوى الخلق ، أو كان بالعكس ، وكذلك إن تفاوتا فى العلم والشرف ، والغنى والفقر ، والصحة والمرض ، والقوة والضعف ، والكبر والصغر ، والسلطان ، والسوقة ، ونحو هذا من الصفات ، لم يمنع القصاص بالاتفاق ، وقد دلت عليه العمومات التى تلوناها ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم ، : « المؤمنون تتكافأ[2] دماؤهم »[3] ولأن اعتبار التساوى فى الصفات والفضائل ، يفضى إلى إسقاط القصاص بالكلية ، وفوات حكمة الردع والزجر ، فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض .

٦٥٩٨ فصــــل

ولا يشترط فى وجوب القصاص كون القتل فى دار الإسلام ، بل متى قتل فى دار الحرب مسلماً عامداً عالماً بإسلامه فعليه القود ، سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يجب القصاص بالقتل فى غير دار الإسلام ، فإن لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية ، عمداً قتله أو خطأ . وإن كان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل

---

(١) فى المطبوعة : فإن كان الكافر . خطأ والصواب فى ١٨ و ٣٩ .أ

(٢) فى المطبوعة : تكافأ . (٣) ورد بلفظ (المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمرو (ف)

أحدهما صاحبه ، ضمنه بالدية ، ولم يجب القود ، وحكى عن أحمد رواية كقوله . ولو قتل [رجلا][1] أسيراً مسلماً فى دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية عمداً قتله أو خطأً .

ولنا : ما ذكرنا من الآيات والأخبار ، ولأنه قتل من يكافئه عمداً ظلماً ، فوجب عليه القود كما لو قتله فى دار الإسلام ، ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وإن لم يكن فيها إمام كدار الإسلام .

٦٥٩٩ فصــــل

وقتل الغيلة وغيره سواء فى القصاص والعفو ، وذلك للولى دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وابن المنذر . وقال مالك : الأمر عندنا : أن يقتل به ، وليس لولى الدم أن يعفو عنه ، وذلك إلى السلطان ؟ والغيلة عنده : أن يخدع الإنسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل ، أو يؤخذ ماله ، ولعله يحتج بقول عمر فى الذى قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لَأَقْدَتُهُم به ، وبقياسه على المحارب .

ولنا : عموم قوله تعالى : (فقد جعلنا لوليه سلطاناً)[2] وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « فأهله بين خيرتين » ولأنه قتيل فى غير المحاربة ، فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى ، وقول عمر لأقدتهم به ، أى : أمكنت الولى من استيفاء القود منهم .

٦٦٠٠ فصــــل

وإذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته ، أو أنه قتله دفعاً عن نفسه ، أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله ، لم يقبل قوله إلا ببينة ، ولزمه القصاص . روى نحو ذلك عن على رضى الله عنه . وبه قال الشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ولا أعلم فيه مخالفاً ، وسواء وجد فى دار القاتل ، أو فى غيرها ، أو وجد معه سلاح ، أو لم يوجد ، لما روى عن على رضى الله عنه أنه سئل عمّن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال : « إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته » ولأن الأصل عدم مايدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى . وإن اعترف الولى بذلك فلا قصاص عليه ولا دية ، لما روى عن عمر رضى الله عنه : « أنه كان يوماً يتغذى إذ جاءه رجل يعدو وفى يده سيف ملطخ بالدم ، ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر ، فجاء الآخرون فقالوا : يا أمير المؤمنين ، إن هذا قتل صاحبنا ، فقال له عمر : مايقولون ؟ فقال : ياأمير المؤمنين إنى ضربت فخذى امرأتى . فإن كان بينهما أحد فقد قتلته . فقال عمر : مايقول ؟ قالوا : ياأمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع فى وسط الرجل وفخذى[3] المرأة ؛ فأخذ عمر سيفه

---

(١) ساقطة من : ١٨ . (٢) سورة الإسراء آية ٣٣ .

(٣) فى المطبوعة فى وسط ، وفخذى خطأ .

فهزه ثم دفعه إليه . وقال : إن عادوا فعـد » . رواه سعيد فى سننه . وروى عن الزبير : أنه كان يوماً قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له ، فأتاه رجلان فقالا : أعطنا شيئاً ، فألقى إليهما طعاماً كان معه فقالا : خل عن الجارية ؛ فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة . ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كالو أقر بقتله قصاصاً . أو فى حد يوجب قتله . وإن ثبت ذلك ببينة فـكذلك .

٦٦٠١ مســـــألة

قال : ﴿ وشبه العمد ماضربه بخشبة صغيرة ، أو حجر صغير . أو لـكزه أو فعل به فعلا الأغلب من ذلك الفعل أنه لايقتل مثله ، فلا قود فى هذا ، والدية على العاقلة ﴾ .

شبه العمد أحد أقسام القتل ، وهو : أن يقصد ضربه بما لايقتل غالباً ، إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له ، فيسرف فيه ، كالضرب بالسوط ، والعصا ، والحجر الصغـير ، والوكز ، واليد ، وسائر مالا يقتل غالباً إذا قتل ، فهو شبه عمد ، لأنه قصد الضرب دون القتل ، ويسمى عمد الخطأ ، وخطأ العمد ، لاجتماع العمد والخطأ فيه ، فإنه عمد الفعل وأخطأ فى القتل ، فهذا لاقود فيه ، والدية على العاقلة فى قول أكثر أهل العلم ، وجعله مالك عمداً موجباً للقصاص ، ولأنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ ، فمن زاد قسما ثالثاً زاد على النص ، ولأنه قتله بفعل عمده ، فـكان عمداً ، كما لو غرزه بإبرة فقتله وقال أبو بكر من أصحابنا : تجب الدية فى مال القاتل ، وهو قول ابن شبرمة ، لأنه موجب فعـل عمد ، فـكان فى مال القاتل ، كسائر الجنايات .

ولنا : ماروى أبو هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى النبى صلى الله عليه وسـلم أن دية جنينها عبد أو وليـدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها » . متفق عليه ، فأوجب ديتها على العاقلة ، والعاقلة لاتحمل عمداً ، وأيضاً قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط ، والعصا ، والحجر ، مائة من الإبل »[1] . وفى لفظ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عقل شبه العمد مغلظ ، مثل عقل العمد ، ولا يقتل صاحبه » . رواه أبو داود وهذا نص ، وقوله : هذا قسم ثالث قلنا : نعم ، هذا ثبت بالسنة ، والقسمان الأولان ثبتـا بالـكتاب ، ولأنه قتل لايوجب القود ، فـكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ .

٦٦٠٢ مســـــألة

قال : ﴿ والخطأ على ضربين . أحدهما : أن يرمى الصيد ، أو يفعل مايجوز له فعله ، فيئول إلى إتلاف حر ، مسلماً كان أو كافراً ، فتـكون الدية على عاقلته ، وعليه عتق رقبة مؤمنة ﴾ .

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجة وابن حبان عن عبد الله بن عمرو . (ف)

وجملته أن الخطأ أن يفعل فعلا لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله ، مثل أن يرمى صيداً أو هدفاً ، فيصيب إنساناً فيقتله قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمى الرامى شيئاً فيصيب غيره ، لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز ، وقتادة والنخعى ، والزهرى ، وابن شبرمة ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . فهذا الضرب من الخطأ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة فى مال القاتل بغير خلاف نعلمه .

والأصل فى وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى : « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهله إلا أن يَصَّدَّقُوا[1] » وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً له عهد ، لقول الله تعالى : « وإن كان من قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وبينهم مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلىَ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ[2] » ولا قصاص فى شىء من هذا ، لأن الله تعالى أوجب به الدية ، ولم يذكر قصاصاً . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه لم يوجب القصاص فى عمد الخطأ ففى الخطأ أولى .

٦٦٠٣ فصــــل

وإن قصد فعلا محرماً فقتل آدمياً ، مثل أن يقصد قتل بهيمة أو آدمياً معصوماً ، فيصيب غيره فيقتله ، فهو خطأ أيضاً ، لأنه لم يقصد قتله ، وهذا مذهب الشافعى وكذلك قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ أن يرمى الرامى شيئاً فيصيب غيره ، ويتخرج على قول أبى بكر : أن هذا عمد ، لقوله فيمن رمى نصرانياً فلم يقع به السهم حتى أسلم : إنه عمد ، يجب به القصاص ، لكونه قصد فعلا محرماً قتل به إنساناً .

٦٦٠٤ مســــألة

قال : ﴿ والضرب الثانى : أن يقتل فى بلاد الروم مَنْ عنده أنه كافر ، ويكون قد أسلم وكتم إسلامه ، إلى أن يقدر على التخلص إلى أرض الإسلام ، فيكون عليه فى ماله عتق رقبة مؤمنة ، بلا دية ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ »[3] .

هذا الضرب الثانى من الخطأ ، وهو : أن يقتل فى أرض الحرب من يظنه كافراً ويكون مسلماً ، ولا خلاف فى أن هذا خطأ لا يوجب قصاصاً ، لأنه لم يقصد قتل مسلم ، فأشبه مالو ظنه صيداً فبان آدمياً ، إلا أن هذا لا تجب به دية أيضاً ولا يجب إلا الكفارة ، وروى هذا عن ابن عباس ، وبه قال عطاء ،

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ (٢) سورة النساء آية ٩٢
(٣) سورة النساء آية ٩٢

ومجاهد ، وعكرمة ، وقتادة ، والأوزاعى ، والثورى ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة . وعن أحمد رواية أخرى : تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك ، والشافعى ، لقول الله تعالى : « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ[1] مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ »[2] وقال عليه السلام : « ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا مائة من الإبل » ولأنه قتل مسلماً خطأ فوجبت ديته كما لو كان فى دار الإسلام .

ولنا : قول الله تعالى : « وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة »[3] ولم يذكر دية ، وتركه ذكرها فى هذا القسم مع ذكرها فى الذى قبله وبعده ظاهر فى أنها غير واجبة ، وذكره لهذا قسما مفرداً يدل على أنه لم يدخل فى عموم الآية التى احتجوا بها ، ويخص بها عموم الخبر الذى رووه .

٦٦٠٥ مسألة

قال : ﴿ ولا يقتل مسلم بكافر ﴾ .

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصاً بقتل كافر ، أى كافر كان ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وعلى ، وزيد بن ثابت ، ومعاوية رضى الله عنهم . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، والزهرى ، وابن شبرمة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال النخعى ، والشعبى ، وأصحاب الرأى : يقتل المسلم بالذمى خاصة . قال أحمد : الشعبى ، والنخعى قالا : دية المجوسى واليهودى والنصرانى مثل دية المسلم ، وإن قتله يقتل به ، هذا عجب ، يصير المجوسى مثل المسلم ؟ سبحان الله ! ماهذا القول ؟ واستبشعه ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يقتل مسلم بكافر »[4] ، وهو يقول : يقتل بكافر فأى شىء أشد من هذا ؟ واحتجوا بالعمومات التى ذكرناها فى أول الباب ، وبما روى ابن البيلمانى أن النبى صلى الله عليه وسلم أقاد مسلماً بذمى ، وقال : « أنا أحق من وفى بذمته »[5] ولأنه معصوم عصمة مؤبدة ، فيقتل به قاتله كالمسلم .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، ولا يقتل

---

(١) سقطت من المطبوعة (٢) سورة النساء آية ٢٣
(٣) سورة النساء آية ٣٢
(٤) أخرجه البخارى بهذا اللفظ فى تاريخه عن عائشة ، وأخرجه فى صحيحه عن على بلفظ (لا يقتل مؤمن بكافر) . (ف) (٥) أخرجه الدارقطنى عن ابن عمر . (ف)

مؤمن بكافر » ، رواه الإمام أحمد وأبو داود ، وفى لفظ : « لا يقتل مسلم بكافر » ، رواه البخارى ، وأبو داود . وعن على رضى الله عنه قال من السنة : « ألا يقتل مسلم بـكافر » . رواه الإمام أحمـد ، ولأنه منقوص بالـكفر ، فلا يقتل به المسلم كالمستأمن ، والعمومات مخصوصات بحديثنا ، وحديثهم ليس له إسناد ، قاله أحمد . وقال الدارقطنى : يرويه ابن البيلمانى ، وهو ضعيف إذا أسند ، فـكيف إذا أرسل ؟ والمعنى فى المسلم أنه مكافىء المسلم . بخلاف الذمى ، فأما المستأمن ، فوافق أبو حنيفة الجماعـة فى أن المسلم لايقاد به ، وهو المشهور عن أبى يوسف ، وعنه : يقتل به لما سبق فى الذمى .

ولنا : أنه ليس بمحقون الدم على التأبيد ، فأشبه الحربى مع ماذكرنا من الدليل فى التى قبلها .

٦٦٠٦ فصـــل

فإن قتل كافر كافراً ، ثم أسلم القاتل ، أو جرحه ، ثم أسلم الجارح ، ومات المجروح . فقال أصحابنا : يقتص منه ، وهو قول الشافعى ، لأن القصاص عقوبة فـكان الاعتبار فيها بحـال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ، ولأنه حق وجب عليه قبل إسلامه ، فلم يسقط بإسلامه كالدين ، ويحتمل أن لايقتل به ، وهو قول الأوزاعى ، لقول النبى صلى الله عليه وسـلم : « لا يقتل مسلم بـكافر » ولأنه مؤمن فلا يقتل بـكافر كما لو كان مؤمناً حال قتله ، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمـله ، فإذا طرأ سقط حـكمه .

٦٦٠٧ فصـــل

وإن جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ، ثم مات مسلماً بسراية الجرح لم يقتل به قاتله ، لأن التـكافؤ معدوم حال الجناية ، وعليه دية مسلم ، لأن اعتبار الأرش بحالة استقرار الجناية ، بدليل مالو قطع يدى رجل ورجليه ، فسرى إلى نفسه ففيه دية واحدة ، ولو اعتبر حال الجرح وجب ديتان ، ولو قطع حرٌ يدَ عبد ، ثم عتق ومات ، لم يجب قصاص . لعدم التـكافؤ حال الجناية وعلى الجانى دية حر اعتباراً بحال الاستقرار ، وهذا قول ابن حامد وهو مذهب الشافعى وللسيد أقل الأمرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقى لورثته ، لأن نصف قيمته إن كانت أقل فهى التى وجدت فى ملـكه ، فلا يـكون له أكثر منها ، لأن الزائد حصل بحريته ، ولا حق له فيما حصل بها ، وإن كان الأقل الدية لم يستحق أكثر منها ، لأن نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وإعتاقه . وذكر القاضى : أن أحمد نص فى رواية حنبل فيمن فقأ عينى عبد ، ثم أعتق ومات ، أن على الجانى قيمته للسيد ، وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية ، وهذا اختيار أبى بكر والقاضى وأبى الخطاب .

قال أبو الخطاب : من قطع يد ذمي ثم أسلم ومات ضمنه بديه ذمي ، ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات ، فعلى الجاني قيمته للسيد ، لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية ، دون حال السراية ، فكذلك الدية ، والأول أصح إن شاء الله . لأن سراية الجرح مضمونة ، فإذا أتلفت حراً مسلماً وجب ضمانه بدية كاملة كما لو قتله بجرح ثان . وقول أحمد فيمن فقأ عيني عبد : عليه قيمته للسيد . لاخلاف فيه وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ، ولم يذكره أحمد ولأن الواجب مقدر بما تفضي إليه السراية دون ماتتلفه الجناية بدليل أن من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم يلزم الجاني أكثر من دية ، ولو قطع أصبعاً فسرى إلى نفسه لوجبت الدية كاملة . فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم تجب ديته كاملة . فأما إن جرح مرتداً أو حربياً ، فسرى الجرح إلى نفسه فلا قصاص فيه ولا دية ، سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم ، لأن الجرح غير مضمون ، فلم يضمن سرايته بخلاف التي قبلها .

٦٦٠٨ فصـــل

ولو قطع يد مسلم فارتد ، ثم مات بسراية الجرح لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون ، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربياً ، ثم مات من جراحه . وأما اليد فالصحيح أنه لاقصاص فيها ، وذكر القاضي وجهاً في وجوب القصاص فيها . لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه مالو قطع طرفه ، ثم قتله ، أو جاء آخر فقتله وللشافعي في وجوب القصاص قولان .

ولنا : أنه قطع هو قتل لم يجب به القتل ، فلم يجب القطع كما لو قطع من غير مفصل وفارق ماقاسوا عليه ، فإن القطع لم يصر قتلا . وهل تجب دية الطرف ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لاضمان فيه ، لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم .

والثاني تجب لأن سقوط حكم سراية الجرح لايسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر . فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع ، أو بأقل الأمرين من ديته أو دية النفس ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تجب دية المقطوع ، فلو قطع يديه ورجليه ، ثم ارتد ومات ، ففيه ديتان ، لأن الردة قطعت حكم السراية . فأشبه انقطاع حكمها باندمالها . أو بقتل آخر له .

والثاني : يجب أقل الأمرين ، لأنه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس ، فمع الردة أولى . ولأنه قطع صار قتلا ، فلم يجب أكثر من دية كما لو لم يرتد ، وفارق أصل الوجه الأول ، فإنه لم يصر قتلا ،

ولأن الاندمال والقتل منع وجود السراية ، والردة منعت ضمانها ، ولم تمنع جعلها قتلا ، وللشافعي من التفصيل نحو مما قلنا .

٦٦٠٩ فصل

وإن قطع مسلم يد نصراني فتمجس ، وقلنا : لا يقرّ ، فهو كما لو جنى على مسلم فارتد . وإن قلنا : يقر عليه ، وجبت دية مجوسي ، وإن قطع يد مجوسي فتنصر . ثم مات وقلنا : يقر ، وجبت دية نصراني ، ويجيء على قول أبي بكر والقاضي : أن تجب دية نصراني في الأولى ، ودية مجوسي في الثانية . كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ، ضمنه بقيمة عبد ذمي ، اعتباراً بحال الجناية .

٦٦١٠ فصل

وإن قطع يد مسلم فارتد ، ثم أسلم ومات ، وجب القصاص على قاتله ، نص عليه أحمد رحمه الله في رواية محمد بن الحكم . وقال القاضي : يتوجه عندي أنه إن كان زمن الردة تسري في مثله الجناية لم يجب القصاص في النفس ، وهل يجب في الطرف الذي قطع في إسلامه ؟ على وجهين . وهذا مذهب الشافعي ، لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها ، فإذا لم يوجد جميعها في الإسلام لم يجب القصاص ، كما لو جرحه جرحين ، أحدهما في الإسلام ، والآخر في الردة ، فمات منهما .

ولنا : أنه مسلم حال الجناية والموت ، فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد ، واحتمال السراية حال الردة لا يمنع ، لأنها غير معلومة ، فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع ، كما لو لم يرتد ، فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر ، أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت ، وأما الدية فتجب كاملة ، ويحتمل وجوب نصفها لأنه مات من جرح مضمون ، وسراية غير مضمونة ، فوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منهما ، فأما إن كان زمن الردة لا تسري في مثل الجناية ففيه الدية أو القصاص . وقال الشافعي في أحد قوليه : لا قصاص فيه ، لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص .

ولنا : أنهما متكافئان حال الجناية والسراية والموت ، فأشبه مالو لم يرتد ، وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال ، لأنه فوت نفساً معصومة .

٦٦١١ فصل

وإن جرحه وهو مسلم فارتد ، ثم جرحه جرحاً آخر ، ثم أسلم ومات منهما ، فلا قصاص فيه ، لأنه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ، ويجب فيه نصف الدية لذلك وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما ، مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد ، فقطع رجله ، أو كان بالعكس ، لأن الجرح في الحالين كجرح رجلين . وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال إسلامه ؟ يحتمل وجهين ، بناء على

من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات فى ردته . ولو قطع طرفه فى ردته أولا فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيه كالتى قبلها .

٦٦١٢ فصل

ويقتل الذمى بالمسلم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قتل اليهودى الذى رض رأس جارية من الأنصار على أوضاح لها ، ولأنه إذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى ، ويقتل الذمى بالذمى ، سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت ، فلو قتل النصرانى مجوسياً أو يهودياً قتل به ، نص عليه أحمد فى النصرانى يقتل بالمجوسى إذا قتله[1] ، قيل : فكيف يقتل به وديتهما مختلفة ؟ فقال : أذهب إلى أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل رجلا بامرأة ، يعنى أنه قتله بها مع اختلاف ديتهما ، ولأنهما تكافآ فى العصمة بالذمة ، ونقيصة الكفر ، فجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما ، وهذا مذهب الشافعى .

٦٦١٣ فصل

ولا يقتل ذمى بحربى ، لانعلم فيه خلافاً ، لأنه مباح الدم على الإطلاق ، أشبه الخنزير ، ولا دية فيه لذلك ولا كفارة ، ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك ، سواء قتله مسلم أو ذمى ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى وقال بعض أصحاب الشافعى : يجب القصاص على الذمى بقتله ، والدية إذا عفا عنه ، لأنه لا ولاية له فى قتله وقال بعضهم : يجب القصاص دون الدية ، لأنه لاقيمة له .

ولنا : أنه مباح الدم أشبه الحربى ، ولأن من لا يضمنه المسلم لايضمنه الذمى كالحربى .

٦٦١٤ فصل

وليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة . وهذا ظاهر مذهب الشافعى . وحكى بعضهم وجهاً أن على قاتله القود ، لأن قتله إلى الإمام فيجب القود على من قتله سواه ، كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه .

ولنا : أنه مباح الدم ، وقتله متحتم ، فلم يضمن كالحربى ، ويبطل ماقاله بالمرتد ، وفارق القاتل ، فإن قتله غير محتم ، وهو مستحق على طريق المعاوضة ، فاختص بمستحقه ، وههنا يجب قتله لله تعالى ، فأشبه المرتد ، وكذلك الحكم فى المحارب الذى تحتم قتله .

٦٦١٥ فصل

ويقتل المرتد بالمسلم والذمى ، ويقدم القصاص على القتل بالردة ، لأنه حق آدمي ، وإن عفا عنه ولى

(١) فى ٢٩ : يقتل المجوسى : يقتل به .

القصاص فله دية المقتول ، فإن أسلم المرتد فهى فى ذمته ، وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بماله ، وإن قطع طرفاً من أحدهما فعليه القصاص فيه أيضاً ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يقتل المرتد بالذمى ، ولا يقطع طرفه بطرفه ، لأن أحكام الإسلام فى حقه باقية ، بدليل وجوب العبادات عليه ، ومطالبته بالإسلام .

ولنا : أنه كافر فيقتل بالذمى كالأصلى ، وقولهم إن أحكام الإسلام باقية غير صحيح ، فإنه زالت عصمته وحرمته ، وحلّ نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها ، وأما مطالبته بالإسلام فهو حجة عليهم ، فإنه يدل على تغليظ كفره ، وأنه لا يقر على ردته لسوء حاله ، فإذا قتل بالذمى مثله فمن هو دونه أولى .

٦٦١٦ فصــــل

وإن جرح مسلم ذمياً ثم ارتد ومات المجروح لم يقتل به ، لأن التكافؤ مشترط حال وجود الجناية ولم يوجد ، وإن قتل من يعرفه ذمياً أو عبداً وكان قد أسلم وعتق وجب القصاص ، لأنه قتل من يكافئه عمداً عدواناً ، فلزمه القصاص كما لو علم حاله ، وفارق من علمه حربياً ، لأنه لم يعمد إلى قتل معصوم .

٦٦١٧ مســـــألة

قال : ﴿ ولا حر بعبد ﴾ .

وروى هذا عن أبى بكر ، وعمر ، وعلى ، وزيد ، وابن الزبير ، رضى الله عنهم وبه قال الحسن ، وعطاء ، وعمر بن عبدالعزيز ، وعكرمة ، وعمرو بن دينار . ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ويروى عن سعيد بن المسيب ، والنخعى ، وقتادة ، والثورى ، وأصحاب الرأى : أنه يقتل به ، لعموم الآيات والأخبار ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم »[1] ، ولأنه آدمى معصوم ، فأشبه الحر .

ولنا : ماروى الإمام أحمد بإسناده عن على رضى الله عنه أنه قال : من السنة أن لا يقتل حر بعبد ، وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقتل حر بعبد » رواه الدارقطنى ، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوى فى السلامة ، فلا يقتل به كالأب مع ابنه ، ولأن العبد منقوص بالرق ، فلم يقتل به الحر ، كالمكاتب إذا ملك مايؤدى ، والعمومات مخصوصات بهذا ، فنقيس عليه .

٦٦١٨ فصــــل

ولا يقتل السيد بعبده فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن النخعى وداود : أنه يقتل به ، لما روى

---

(١) سبق تخريجه .

قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل عبده قتلناه ، ومن جدعه[1] جدعناه » . رواه سعيد والإمام أحمد والترمذى ، وقال : حديث حسن غريب ، مع العمومات والمعنى فى التى قبلها .

ولنا : ما ذكرناه فى التى قبلها ، وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : لو لم أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يقاد المملوك من مولاه ، والولد من والده ، لأقدته منك » . رواه النسائى . وعن على رضى الله عنه : « أن رجلا قتل عبده ، فجلده النبى صلى الله عليه وسلم مائة جلدة ، ونفاه عاماً ، ومحا اسمه من المسلمين » رواه سعيد والخلال ، وقال أحمد : ليس بشىء من قبل إسحاق بن أبى فروة . ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، عن أبى بكر ، وعمر ، أنهما قالا : من قتل عبده جلد مائة ، وحرم سهمه مع المسلمين : فأما حديث سمرة فلم يثبت ، قال أحمد : الحسن لم يسمع من سمرة ، إنما هى صحيفة ، وقال عنه أحمد : إنما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ، ليس هذا منها . ولأن الحسن أفتى بخلافه ، فإنه يقول : لا يقتل الحر بالعبد ، وقال : إذا قتل السيد عبده يضرب ، ومخالفته له تدل على ضعفه

٦٦١٩ فصل

ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ، ويقتل العبد بالحر ، ويقتل بسيده ، لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى ، مع عموم النصوص الواردة فى ذلك ، ومتى وجب القصاص على العبد فعفا ولى الجناية إلى المال فله ذلك ، ويتعلق أرشها برقبته ، لأنه موجب جنايته ، فتعلق برقبته كالقصاص ثم إن شاء سيده أن يسلمه إلى ولى الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك ، لأنه سلم إليه ما تعلق حقه به ، وإن قال ولى الجناية بعه وادفع إلى ثمنه لم يلزمه ذلك . لأنه لم يتعلق بذمته شىء ، وإنما تعلق بالرقبة التى سلمها ، فبرىء منها ، وفيه وجه آخر : أنه يلزمه ذلك ، كما يلزمه بيع الرهن ، وإن امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية جميعاً ؟ على روايتين ذكرناهما فى غير هذا الموضع ، وإن عفا عن القصاص ليملك رقبة العبد ففيه روايتان .

إحداهما : يملكه بذلك ، لأنه يملك إتلافاً ، فكان ملكا له كسائر أمواله .

والثانية : لا يملكه لأنه محل تعلق به القصاص ، فلا يملكه بالعفو كالحر ، فعلى هذه الرواية يتعلق أرش الجناية برقبته كما لو عفا على مال ، لأن العوض الذى عفا لأجله لم يصح له ، فكان له عوضه كالعقود الفاسدة .

---

(١) الجدع : قطع الأنف (ف)

٦٦٢٠ فصـــل

ويجرى القصاص بين العبيد فى النفس فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والنخعى ، والشعبى ، والزهرى ، وقتادة ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة . وروى عن أحمد رواية أخرى : أن من شرط القصاص تساوى قيمتهم ، وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص ، وينبغى أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر ، فإن كانت أقل فلا ، وهذا قول عطاء ، وقال ابن عباس : ليس بين العبيد قصاص فى نفس ولا جرح ، لأنهم أموال .

ولنا : أن الله تعالى قال : [1] « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » . وهذا نص من الكتاب ، فلا يجوز خلافه ، لأن تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل ، فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والأنوثية .

٦٦٢١ فصـــل

ويجرى القصاص بينهم فيما دون النفس وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجرى القصاص بينهم فيما دون النفس . وهو قول الشعبى ، والنخعى ، والثورى ، وأبى حنيفة ، لأن الأطراف مال ، فلا يجرى القصاص فيها كالبهائم ، ولأن التساوى فى الأطراف معتبر فى جريان القصاص بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بالناقصة ، وأطراف العبيد لا تتساوى .

ولنا : قول الله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين »[2] الآية ولأنه أحد نوعى القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص فى النفس .

٦٦٢٢ فصـــل

وإذا وجب القصاص في طرف العبد وجب للعبد ، وله استيفاؤه والعفو عنه .

٦٦٢٣ فصـــل

ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل قتل به ، وكذلك لو جرح عبد عبداً ثم عتق الجارح ومات المجروح قتل به ، لأن القصاص وجب فلم يسقط بالعتق بعده ، ولأن التكافؤ موجود حال وجود الجناية ، وهى السبب ، فاكتفى به ، ولو جرح حر ذمى عبداً ثم لحق بدار الحرب ، فأسر واسترق لم يقتل بالعبد ، لأنه حين وجوب القصاص حر .

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ . (٢) سورة مائدة آية ٤٥

٦٦٢٤ فصل

وإذا قتل عبد عبداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فإن عفا إلى مال تعلق المال برقبة القاتل لأنه وجب بجنايته ، وسيده مخير بين فدائه وتسليمه ، فإن اختار فداءه فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتول ، لأنه إن كان الأقل قيمته لم يلزمه أكثر منها ، لأنها بدل عنه . وإن كان الأقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها ، لأنها بدل عنه ، وعنه رواية أخرى : أن سيده إن اختار فداءه لزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ ، لأنه إذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزايد أكثر من قيمته .

فإن قتل عشرة أعبد عبداً لرجل عمداً فعليهم القصاص فإن اختار السيد قتلهم فله قتلهم ، وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها ، يباع منه بقدرها ويفديه[1] سيده فإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له لأن له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم ، وإن قتل عبد عبدين لرجل واحد ، فله قتله أو العفو عنه . فإن قتله سقط حقه ، وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته ، فإن كانا لرجلين فكذلك ، إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما ، لأن حقه أسبق ، فإن عفا عنه الأول قتل بالثاني ، وإن قتلهما دفعة واحدة أقرع بين السيدين ، فأيهما خرجت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر ، وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتيل الأول عن القصاص إلى مال تعلق برقبة العبد . وللثانى أن يقتص ، لأن تعلق المال بالرقبة لا يسقط حق القصاص جنى ، كما لو العبد المرهون ، وإن قتله الآخر سقط حق الأول من القيمة ، لأنه لم يبق محل يتعلق به وإن عفا الثانى تعلقت قيمة القتيل الثانى برقبته أيضاً ، ويباع فيهما ، ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ، ولم نقدم الأول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص ، لأن القصاص لا يتبعض بينهما ، والقيمة يمكن تبعضها .

فإن قيل : فحق الأول أسبق . قلنا : لا يراعى السبق ، كما لو أتلف أموالا لجماعة واحداً بعد واحد . فأما إن قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو ، فإن عفا أحدهما سقط القصاص ، وينتقل حقهما إلى القيمة ، لأن القصاص لا يتبعض . وإن قتل عبدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما ، أيهما كان ، ويسقط حقه من الآخر ، وله أن يعفو عنه إلى مال ، وتتعلق قيمتهما جميعاً برقبته .

٦٦٢٥ مسألة

ويقتل العبد القن بالمكاتب ، والمكاتب به ، ويقتل كل واحد منهما بالمدبر ، وأم الولد ، ويقتل المدبر وأم الولد بكل واحد منهما ؛ لأن الكل عبيد ؛ فيدخلون فى عموم قوله تعالى : «والعَبْدُ بِالعَبْدِ»[2]

---

(١) فى ١٨ : أو يفديه . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .

فقد دل على كون المـكاتب عبداً قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المـكاتب عبد ما بقي عليـه درهم » وسواء كان المـكاتب قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد ، وسواء ملك ما يؤدى أو لم يملك ، إلا إذا قلنا : إنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً ، فإنه لا يقتل بالعبد ، لأنه حر فلا يقتل بالعبد ، وإن أدى ثلاثة أرباع مال الـكتابة لم يقتل به أيضاً ، لأنه يصير حراً ، ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الـكتابة جاز قتله به . وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتباً له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به ، لأنه حين الجرح كان المستحق المولى ، وحين الموت الوارث ، ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه فى الطرفين .

ولنا : قوله تعالى : « النَّفْسَ بِالنَّفْسِ »[1] وقوله تعالى : « والْعَبْدُ بِالْعَبْدِ »[2] ، ولأنه لو كان قنًّا لوجب بقتله القصاص ، فإذا كان مكاتباً كان أولى ، كما لو لم يخلف وارثاً . وما ذكروه شيء بنوه على أصولهم ، ولا نسلمه[3] .

٦٦٢٦ مســــألة

قال : (وإذا قتل الـكافر العبد عمداً فعليه قيمته ، ويقتل لنقضه للعهد) .

يعنى الـكافر الحر لايقتل بالعبد المسلم ، لأن الحر لايقتل بالعبد ، لفقدان التـكافؤ بينهما ، ولأنه لايحـد بقذفه ، فلا يقتل بقتله ، كالأب مع ابنه ، وعليه قيمته ، ويقتل لنقضه العهـد ، فإن قتل المسلم ينتقض به العهد ، بدليل ماروى أن ذمياً كان يسوق حماراً بامرأة مسلمة ، فنخسه بهـا فرماها ، ثم أراد إكراهها على الزنا ، فرفع إلى عمر رضى الله عنه ، فقال : ما على هذا صالحناهم ، فقتله وصلبه . وروى فى شروط عمر أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط : من ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده ، ولأنه فعل ينافى الأمان ، وفيه ضرر على المسلمين ، فـكان نقضاً للعهد كالاجتماع على قتال المسلمين ، والامتناع من أداء الجزية . وفيه رواية أخرى : أنه لاينتقض عهده بذلك ، فعلى هذا عليه قيمته ، ويؤدب بما يراه ولى الأمر .

٦٦٢٧ فصـــــل

وإن قتل عبد مسلم حراً كافراً لم يقتل به ، لأنا لانقتل المسلم بالـكافر ، وإن قتل من نصفه حر عبداً لم يقتل به ، لأنا لانقتل نصف الحر بعبد . وإن قتله حر لم يقتل به ، لأن النصف الرقيق لايقتل به الحر . وإن قتل مَنْ نصفه حر من نصفه حر قتل به ، لأن القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل ، وهما مستويان .

---

(١) من سورة المائدة آية ٤٥ . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .
(٣) فى ١٨ ، لا نسلمها .

٦٦٢٨ فصل

ويجرى القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم ، لعموم الآيات والأخبار ، ولأن المؤمنين تتكافؤ دماؤهم ، ولا نعلم فى هذا خلافاً . وثبت عن أبى بكر رضى الله عنه ، أنه قال لرجل شكا إليه عاملا أنه قطع يده ظلماً : لئن كنت صادقاً لأقيد بك منه ، وثبت أن عمر رضى الله عنه كان يقيد من نفسه ، وروى أبو داود قال خطب عمر ، فقال : إنى لم أبعث عمالى ليضربوا أبشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، فمن فعل به ذلك فليرفعه إلىّ أقُصَّه منه . فقال عمرو بن العاص : لو أن رجلا أدب بعض رعيته تُقِصُّه منه ؟ قال : أى والذى نفسى بيده أُقِصُّه منه ، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أَقَصَّ من نفسه ، ولأن المؤمنين تتكافؤ دماؤهم ، وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجرى القصاص بينهما كسائر الرعية .

٦٦٢٩ فصل

وإذا قتل القاتل غير ولى الدم فعلى قاتله القصاص ، ولورثة الأول الدية فى تركة الجانى الأول ، وبهذا قال الشافعى . وقال الحسن ، ومالك : يقتل قاتله ، ويبطل دم الأول ، لأنه فات محله ، فأشبه مالو قتل العبد الجانى . وروى عن قتادة ، وأبى هاشم : لاقود على الثانى ، لأنه قَتَلَ مُبَاحَ الدَّم ، فلم يجب بقتله قصاص كالزانى المحصن .

ولنا : على وجوب القصاص على قاتله : أنه محل لم يتحتم قتله ، ولم يبح لغير ولى الدم قتله ، فوجب القصاص بقتله ، كما لو كان عليه دين .

ولنا : على وجوب الدية فى تركة الجانى الأول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشركاء ، أو حدث مانع . وفارق العبد الجانى ، فإنه ليس له مال ينتقل إليه . فإن عفا أولياء الثانى على الديه أخذوها . ودفعوها إلى ورثة الأول . فإن كانت عليه ديون ضم ماقبضوا من الدية إلى سائر تركته ، ثم ضرب أولياء المقتول الأول مع سائر أهل الديون فى تركته وديته . وإن أحال ورثة المقتول الثانى ورثة المقتول الأول بالدية على القاتل الثانى صحت الحوالة ، ويتخرج أن تجب دية القتيل الأول على قاتله ابتداء ، لأنه أتلف محل حق ورثته ، فكان غرامته[1] عليه كما لو قتل العبد الجانى وإن مات القاتل عمداً وجبت الدية فى تركته . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يسقط حق ولى الجناية ، وتوجيه المذهبين على ماتقدم .

---

(١) فى ١٨ : فكان غرمة . وفى ٣٩ : فكانت غرامته .

٦٦٣٠ مســــألة

قال : ﴿ والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد ﴾ .

لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون ، وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه ، مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما ، والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النـائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحـدود ، ولأنهم ليس لهم قصـد صحيح ، فهم كالقاتل خطـأ .

٦٦٣١ فصــــل

فإن اختلف الجاني وولي الجناية ، فقال الجاني : كنتُ صبياً حال الجنايةَ ، وقال ولي الجناية : كنت بالغاً فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق ، لأن الأصل الصغر ، وبراءة ذمته من القصاص . وإن قال : قتلته وأنا مجنون ، وأنـكر الولي جنونه ، فإن عرف له حال جنون فالقول قوله أيضاً لذلك ، فإن لم يعرف له حال جنون . فالقول قول الولي لأن الأصل السـلامة ، وكذلك إن عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل ، وإن ثبتت لأحدهما بينة بما ادعاه حكم له ، وإن أقاما بينتين تعارضتا ، فإن شهدت البينة أنه كان زائل العقل ، فقال الولي[1] : كنت سكران ، وقال القاتل : كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه ، لأنه أعرف بنفسه ، ولأن الأصل براءة ذمته ، واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه .

٦٦٣٢ فصــــل

فإن قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنـه القصاص ، سواء ثبت ذلك عليـه ببينة أو إقرار ، لأن رجوعه غير مقبول ، ويقتص منه في حال جنونه ، ولو ثبت عليه الحد بإقراره ثم جن لم يقم عليه حد حال جنونه ، لأن رجوعه يقبل ، فيحتمل أنه لو كان صحيحاً رجع .

٦٦٣٣ فصــــل

ويجب القصاص على السكران إذا قتل حال سكره ، ذكره القاضي . وذكر أبو الخطاب : أن وجوب القصاص عليه مبني على وقوع طلاقه ، وفيه روايتان ، فيـكون في وجوب القصاص عليه وجهان . أحدهما : لا يجب عليه لأنه زائل العقل أشبه المجنون ، ولأنه غير مكلف أشبه الصبي والمجنون . ولنا : أن الصحابة رضي الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه ، فأوجبوا عليه حد القاذف ، فلولا أن

(١) في المطبوعة : المولى ، خطأ .

قذفه موجب للحد لما وجب الحد بعظنته ، وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمى[1] أولى ، ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى إلى أن من أراد أن يعصى الله تعالى شرب ما يكره ثم يقتل ويزنى ويسرق ، ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ، ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ، ولا وجه لهذا ، وفارق هذا الطلاق ، ولأنه قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل فأما إن شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم ، فإن زال عقله بالكلية بحيث صار مجنوناً ، وإن كان يزول قريباً ويزول من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه .

٦٦٣٤ مسألة

قال : ﴿ ولا يقتل والد بولده وإن سفل ﴾ .

وجملته أن الأب لا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وإن نزلت درجته ، وسواء فى ذلك ولد البنين أو ولد البنات ، وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده : عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وبه قال ربيعة ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال ابن نافع ، وابن عبد الحكم ، وابن المنذر : يقتل به ، لظاهر آى الكتاب ، والأخبار الموجبة للقصاص ، ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص ، فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين وقال ابن المنذر : قد رووا فى هذا أخباراً ، وقال مالك : إن قتله حذفاً بالسيف ونحوه لم يقتل به ، وإن ذبحه أو قتله قتلا لا يشك فى أنه عَمَد إلى قتله دون تأديبه أقيد به .

ولنا : ماروى عمر بن الخطاب ، وابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائى حديث عمر ورواهما ابن ماجه ، وذكرهما ابن عبد البر ، وقال : هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق ، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه ، حتى يكون الإسناد فى مثله مع شهرته تكلفاً ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الإضافة تمليكه إياه ، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الإضافة شبهة فى درء القصاص ، لأنه يدرأ بالشبهات ، ولأنه سبب إيجاده ، فلا ينبغى أن يتسلط بسببه على إعدامه ، وما ذكرناه يخص العمومات ، ويفارق الأب سائر الناس ، فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص ، والأب بخلافه .

٦٦٣٥ فصل

والجد وإن علا كالأب فى هذا ، وسواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم فى قول أكثر مسقطى القصاص عن الأب . وقال الحسن بن حى : يقتل به .

(١) فى ٣٩ : حقاً لآدمى .

ولنا : أنه والد فيدخل فى عموم النص ، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة ، فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا ملكه ، والجد من قبل الأب كالجد من قبل الأم ، لأن ابن البنت يسمى ابناً ، قال النبى صلى الله عليه وسلم فى الحسن : « إن ابنى[1] هذا سيد » .

٦٦٣٦ مســــألة

قال : ﴿ والأم فى ذلك كالأب ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب ، وعليه العمل عند مسقطى القصاص عن الأب ، وروى عن أحمد رحمه الله مايدل على أنه لا يسقط عن الأم ، فإن مهنا نقل عنه فى أم ولد قتلت سيدها عمـداً : تقتل ، قال : من يقتلها ؟ قال : ولدها . وهذا يدل على إيجاب القصاص على الأم بقتل ولدها . وخرجها أبو بكر على روايتين :

إحداها : أن الأم تقتل بولدها ، لأنه لا ولاية لها عليه ، فتقتل به كالأخ ، والصحيح الأول لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لايقتل والد بولده » ، ولأنها أحد الوالدين ، فأشبهت الأب ، ولأنها أولى بالبر ، فكانت أولى بنفى القصاص عنها ، والولاية غير معتبرة ، بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل الكبير الذى لا ولاية عليه ، وعن الجد ولا ولاية له ، وعن الأب المخالف فى الدين ، أو الرقيق والجدة . وإن علت فى ذلك كالأم ، وسواء فى ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم ، لما ذكرنا فى الجد .

٦٦٣٧ فصـــل

وسواء كان الوالد مساويا للولد فى الدين والحرية ، أو مخالفاً له فى ذلك ، لأن انتفاء القصاص لشرف الأبوة ، وهو موجود فى كل حال ، فلو قتل الكافر ولده المسلم ، أو قتل المسلم أباه الكافر ، أو قتل العبد ولده الحر ، أو قتـل الحر والده العبد ، لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتـل ولده ، وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده .

٦٦٣٨ فصـــل

وإذا ادعى نفران نسب صغير مجهول النسب ؛ ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما . وإن ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتـل أبوه . وقتل الآخر ؛ لأنه شريك الأب فى قتـل ابنه . وإن رجعا جميعاً عن الدعوى لم يقبل رجوعهما ؛ لأن النسب حق للولد . فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به كالو أقر له بحق سواء أو كما لو ادعاه واحـد فألحق

(١) أخرجه البخارى عن أبى بكرة (ف)

به ثم جحده . وإن رجع أحدهما صح رجوعه ، وثبت نسبه من الآخر ، لأن رجوعه لم يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذى لم يرجع ، ويجب على الراجع ؛ لأنه شارك الأب . وإن عفا عنه فعليه نصف الدية ، ولو اشترك رجلان فى وطء امرأة فى طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما لم يجب القصاص وإن نفيا نسبه لم ينتف بقولهما ، وإن نفاه أحدهما لم ينتف بقوله ، لأنه لحقه بالفراش ، فلا ينتفى إلا باللعان ، وفارق التى قبلها من وجهين :

أحدهما : إذا رجع عن دعواه لحق الآخر ، وهاهنا لا يلحق بذلك .

والثانى : أن ثبوت نسبه ثم بالاعتراف ، فيسقط بالجحد ، وهاهنا يثبت بالاشتراك فى الوطء ، فلا ينتفى بالجحد ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا سواء .

٦٦٣٩ فصـــل

ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ، ولهما ولد ، لم يجب القصاص ، لأنه لو وجب لوجب لولده ، ولا يجب للولد قصاص على والده ؛ لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلألا يجب له بالجناية على غيره أولى ، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى ، أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه فى الميراث ، أو لم يكن ، لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ، ولا يمكن وجوبه ، وإذا لم يثبت بعضه سقط كله ، لأنه لا يتبعض ، وصار كالو عفا بعض مستحقى القصاص عن نصيبه منه ، فإن لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص فى قول أكثر أهل العلم . منهم عمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الزهرى : لا يقتل الزوج بامرأته ، لأنه ملكها بعقد النكاح ، فأشبه الأمة .

ولنا : عمومات النص ، ولأنهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه ، فيقتل به كالأجنبيين . وقوله : إنه ملكها غير صحيح ، فإنها حرة ، وإنما ملك منفعة الاستمتاع ، فأشبه المستأجرة . ولهذا تجب ديتها عليه ، ويرثها ورثتها ، ولا يرث منها إلا قدر ميراثه ، ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها ، بخلاف الأمة .

٦٦٤٠ فصـــل

ولو قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئاً من ميراثه لم يجب القصاص ، لما ذكرنا ، ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط القصاص لأن مامنع مقارناً أسقط طارئاً ، وتجب الدية ، ولو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص ، سواء صار إليه ابتداء ، أو انتقل إليه من أبيه ، أو من غيره لما ذكرنا .

٦٦٤١ فصـــــل

وإذا قتل أحد أبوى المكاتب المكاتب ، أو عبداً له ، لم يجب القصاص ، لأن الوالد لا يقتل بولده ، ولا يثبت للولد على والده قصاص ، وإن اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص ، لأن السيد لا يقتل بعبده .

٦٦٤٢ فصـــــل

ابنان قتل أحدهما أباه والآخر أمه فإن كانت الزوجية بينهما موجودة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الثانى دون الأول ، لأن القتيل الثانى ورث جزءاً من دم الأول ، فلما قتل ورثه قاتل الأول ، فصار له جزء من دم نفسه ، فسقط القصاص عنه ، ووجب له القصاص على أخيه فإن قتله ورثه إن لم يكن له وارث سواه[1] لأنه قتله بحق . وإن عفا عنه إلى الدية وجبت ، وتقاصا بما بينهما ، وما فضل لأحدهما فهو له على أخيه . وإن لم تكن الزوجية بين الأبوين قائمة فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه ، لأنه ورث الذى قتله أخوه وحده ، دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه ، وسقط القصاص عنه ، لأنه يرث أخاه ، لكونه قتلا بحق ، فلا يمنع الميراث ، إلا أن يكون المقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل ، فيكون له قتل عمه ، ويرثه إن لم يكن له وارث سواه . وإن تشاحا فى المبتدىء . منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول ، لأنه أسبق ، واحتمل أن يقرع بينهما . وهذا قول القاضى ، ومذهب الشافعى ، لأنهما تساويا فى الاستحقاق ، فيصيران[2] إلى القرعة ، وأيهما قتل صاحبه أولا إما بمبادرة أو قرعة ورثه فى قياس المذهب . إن لم يكن له وارث سواه ، وسقط عنه القصاص . وإن كان محجوباً عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر ، وإن عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافى ورثه أيضاً ، وسقط عنه ما وجب عليه من الدية وإن تعافيا جميعاً على الدية تقاصا بما استويا فيه ، ورجب القاتل الأم الفضل على قاتل الأب ، لأن عقل الأم نصف عقل الأب . ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما ، لتساويهما فى استحقاقه ، لسقوط الديتين إذا تساوتا ، ولأنه لا سبيل إلى استيفائهما ، واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف ، فلا يجوز فتعين السقوط ، وإن كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه . فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه ، ثم لابنه أن يقتل عمه ويرثه ابنه ، ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذى قتله عمه ، دون الذى قتله أبوه ، وإن كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص ، وورث مال أبيه الذى قتله أخوه ، ونصف مال أخيه ،

---

(١) فى المطبوعة : سواء ، بالهمزة ، خطأ .

(٢) فى نسخ المغنى (فيصيرا) والصواب (فيصيران) وفى الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٧٨ (فصرنا) ف

ونصف مال أبيه الذى قتله هو ، وورثت البنت التى قتل أبوها نصف مال أبيها ، ونصف مال جدها الذى قتله عمها ، ولها على عمها نصف دية قتيله .

٦٦٤٣ فصـــل

أربعة إخوة ، قتل الأول الثانى ، والثالث الرابع ، فالقصـاص على الثالث ، لأنه لما قتل الرابع لم يرثه ، وورثه الأول . وقد كان للرابع نصف قصاص الأول ، فرجع نصف قصاصه إليه ، فسقط ووجب للثالث نصف الدية ، وكان للأول قتل الثالث ، لأنه لم يرث من دم نفسه شيئاً . فإن قتله ورثه فى ظاهر المذهب ، ويرث مايرثه عن أخيه الثانى . وإن عفا عنه إلى الدية وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها ، وإن كان لهما ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذى فى التى قبلها .

٦٦٤٤ مســـألة

قال : ﴿ ويقتل الولد بكل واحد منهما ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم . مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وحكى أصحابنا عن أحمد رواية ثانية : أن الإبن لايقتل بأبيه ، لأنه ممن لاتقبل شهادته له بحق النسب ، فلا يقتل به كالأب مع ابنه . والمذهب أنه يقتل به ، للآيات والأخبار ، وموافقة القياس ، ولأن الأب أعظم حرمة وحقاً من الأجنبى ، فإذا قتل بالأجنبى فبالأب أولى ، ولأنه يحد بقذفه ، فيقتل به كالأجنبى ، ولا يصح قياس الإبن على الأب ، لأن حرمة الوالد على الولد آكد ، والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك ، بخلاف الوالد مع الولد .

وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم . أحدهما : أنه قال : « لا يقاد الأب من ابنه ، ولا الإبن من أبيه » . والثانى : أنه : « كان يقيد الأب من ابنه ، ولا يقيد الإبن من أبيه » . رواه الترمذى . وهذان الحديثان ، أما الحديث الأول لا نعرفه[1] ولم نجده فى كتب السنن المشهورة ، ولا أظن له أصلا ، وإن كان له أصل فهما متعارضان متدافعان ، يجب إطراحهما ، والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة ، والإجماع الذى لا تجوز مخالفته .

٦٦٤٥ مســـألة

قال : ﴿ ويقتل الجماعة بالواحدة ﴾ .

وجملته : أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص . إذا كان كل واحد منهم لوانفرد

---

(١) فى ١٨ : فلا نعرفه .

بفعله وجب عليه القصاص . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، والمغيرة بن شعبة ، وابن عباس . وبه قال سعيد ابن المسيب ، والحسن ، وأبو سلمة ، وعطاء ، وقتادة وهو مذهب مالك ، والثورى والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وحكى عن أحمد رواية أخرى : لا يقتلون به ، وتجب عليهم الدية . وهذا قول ابن الزبير ، والزهرى ، وابن سيرين ، وحبيب بن أبى ثابت ، وعبد الملك ، وربيعة ، وداود ، وابن المنذر . وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس . وروى عن معاذ بن جبل ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، والزهرى : أنه يقتل منهم واحد ، ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية ، لأن كل واحد منهم مكافىء له ، فلا تستوفى أبدال ببدل واحد ، كما لا تجب ديات لمقتول واحد ، ولأن الله تعالى قال : « الحرُّ بالحرِّ »[1] وقال : «وكتبنا عليهم فيها أنَّ النفسَ بالنفْسِ»[2] ، مقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ، ولأن التفاوت فى الأوصاف يمنع ، بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد ، والتفاوت فى العدد أولى . قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم . روى سعيد بن المسيب : « أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » . وعن على رضى الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا . وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم فى عصرهم مخالف ، فكان إجماعاً ، ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد ، فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ، ويفارق الدية فإنها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به ، فيؤدى إلى إسقاط حكمة الردع والزجر .

٦٦٤٦ فصل

ولا يعتبر فى وجوب القصاص على المشتركين التساوى فى سببه ، فلو جرحه رجل جرحاً ، والآخر مائة ، أو جرحه أحدهما موضحة ، والآخر آمة ، أو أحدهما جائفة ، والآخر غير جائفة فمات ، كانا سواء فى القصاص والدية ، لأن اعتبار التساوى يفضى إلى سقوط القصاص عن المشتركين ، إذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه ، ولو احتمل التساوى لم يثبت الحكم ، لأن الشرط يعتبر العلم بوجوده . ولا يكتفى باحتمال الوجود ، بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه فى انتفاء الحكم ، ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة ، كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ، ومن غير الجائفة دون الجائفة ، ولأن الجراح إذا صارت نفساً سقط اعتبارها ، فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ، ألا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة ، كما لو قطع طرفه فمات ؟

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ . (٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

٦٦٤٧ فصل

إذا اشترك ثلاثة فى قتل رجل فقطع أحدهم يده ، والآخر رجله ، وأوضحه الثالث فمات فللولى قتل جميعهم ، والعفو عنهم إلى الدية ، فيأخذ من كل واحد ثلثها ، وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين ، وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثى الدية ، ويقتل الثالث . فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذى برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية ، وله أن يعفو عن الذى برىء جرحه ، ويأخذ منه دية جرحه ، فإن ادعى الموضح أن جرحه برىء قبل موته وكذبه شريكاه نظرت فى الولى ، فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة إليه ، فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية ، وله أن يقتص منه موضحة ، أو يأخذ منه أرشها ، ولم يقبل قوله فى حق شريكه ، لأن الأصل عدم البرء فيهما ، لكن إن اختار الولى القصاص فلا فائدة لهما فى إنكار ذلك ، لأن له أن يقتلهما ، سواء برئت أو لم تبرأ ، وإن اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها ، وإن كذبه الولى حلف وله الاقتصاص منه ، أو مطالبته بثلث الدية ، ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثها ، فإن شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة ، لإقرارهما بوجوبها ، وللولى أخذها منهما إن صدقهما ، وإن لم يصدقهما وعفا إلى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها ؛ لأنه لا يدعى أكثر من ذلك ، فتقبل شهادتهما له إن كانا قد تابا وعدلا ؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بذلك نفعاً ، فيسقط القصاص عنه ، ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة .

٦٦٤٨ فصل

إذا قطع رجل يده من الكوع ، ثم قطعها آخر من المرفق ، ثم مات نظرت ، فإن كانت جراحة الأول برئت قبل قطع الثانى ، فالثانى هو القاتل وحده وعليه القود أو الدية كاملة إن عفا عن قتله وله قطع يد الأول أو نصف الدية . وإن لم تبرأ فهما قاتلان ، وعليهما القصاص فى النفس . وإن عفا إلى الدية وجبت عليهما . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة القاتل هو الثانى وحده ولا قصاص على الأول فى النفس لأن قطع الثانى قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه مالو اندمل جرحه . وقال مالك : إن قطعه الثانى عقيب قطع الأول قتلا جميعاً ، وإن عاش بعد قطع الأول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثانى فالثانى هو القاتل وحده ، وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما شاءوا ويقتلوه .

ولنا : أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص فإذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص ، كما لو كان فى يدين ؛ ولأن القطع الثانى لا يمنع جنايته بعده ، فلا يسقط حكم ماقبله ،

كما لو كان فى يدين ، ولا نسلم زوال جنايته ، ولا قطع سرايته ؛ فإن الألم الحاصل بالقطع الأول لم يزل ، وإنما انضم إليه الألم الثانى ، فضعفت النفس عن احتمالها[1] ، فزهقت بهما ، فكان القتل بهما . ويخالف الاندمال ، فإنه لا يبقى معه الألم الذى حصل فى الأعضاء الشريفة فاختلفا . فإن ادعى الأول أن جرحه اندمل فصدقه الولى سقط عنه القتل ، ولزمه القصاص فى اليد ، أو نصف الدية . وإن كذبه شريكه ، واختار الولى القصاص ، فلا فائدة له فى تكذيبه ، لأن قتله واجب . وإن عفا عنه إلى الدية فالقول قوله مع يمينه ، ولا يلزمه أكثر من نصف الدية ، وإن كذب الولى الأول حلف ، وكان له قتله ، لأن الأصل عدم ما ادعاه ، ولو ادعى الثانى اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم فى الأول إذا ادعى ذلك .

٦٦٤٩ مسألة

قال : { وإذا قطعوا يداً قطعت نظيرتها من كل واحد منهم } .

وجملته : أن الجماعة إذا اشتركوا فى جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم . وبه قال مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الحسن ، والزهرى ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : لا تقطع يدان بيد واحدة ، ويتعين ذلك وجهاً فى مذهب أحمد . لأنه روى عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، وهذا تنبيه على أن الأطراف لا تأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بناقصتها ، ولا أصلية بزائدة ، ولا زائدة بأصلية ، ولا يميناً بيسار ، ولا يساراً بيمين ، ولا نساوى بين الطرف والأطراف ، فوجب امتناع القصاص بينهما ، ولا يعتبر التساوى فى النفس ، فإنما نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها ، ولأنه يعتبر فى القصاص فى الأطراف التساوى فى نفس القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب لم يجب القصاص بخلاف النفس . ولأن الاشتراك الموجب للقصاص فى النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه ، كيلا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل ، والاشتراك المختلف فيه لا يقع إلا فى غاية الندرة ، فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولأن إيجاب القصاص على المشتركين فى النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد ، وإيجابه[2] عن المشتركين فى الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ، ولا عن شىء من الاشتراك إلا على صورة نادرة الوقوع ، بعيدة الوجود يحتاج فى وجودها إلى تكلف ، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعاً لشىء ممتنع بنفسه لصعوبته ، وإطلاقاً فى القطع السهل المعتاد بنفى القصاص عن فاعله ، وهذا لا فائدة فيه ، بخلاف الاشتراك فى النفس ، يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد فى النفس والطرف على خلاف الأصل ، لكونه يأخذ

---

(١) فى المطبوعة : احتمالها . وما فى ١٨ أوضح .

(٢) فى نسخ المغنى (وإيجابه عن المشتركين) وفى الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦٨ (وإيجابه على المشتركين) وهو أوضح . (ف)

فى الاستيفاء زيادة على مافوت عليه ، ويخل بالتماثل المنصوص على النهى عما عداه ، وإنما خولف هذا الأصل فى الأنفس زجراً عن الاشتراك الذى يقع القتل به غالباً ، ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ولأن النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على مادونها بذلك .

ولنا : ماروى أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ، ثم جاءا بآخر فقالا : هذا هو السارق وأخطأنا فى الأول ، فردشهادتهما على الثانى ، وغرمهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة ، ولأنه أحد نوعى القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس .

وأما اعتبار التساوى فمثله فى الأنفس ، فإننا نعتبر التساوى فيها ، فلا نأخذ مسلماً بكافر ، ولا حراً بعبد ، وأما أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها ، وإنما يفوت تبعاً ، ولذلك كانت ديتهما واحدة ، بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة ، فإن ديتهما مختلفة ، وأما اعتبار التساوى فى الفعل فإنما اعتبر فى اليد ، لأنه يمكن مباشرتها بالقطع ، فإذا قطع كل واحد منهما من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه ، فلا يجب على إنسان قطع محل لم يقطع مثله ، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وإنما أفعالهم فى البدن فيفضى ألمه إليها فتزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر ، فكانا كالقاطعين فى محل واحد ، ولذلك لا يستوفى من الطرف إلا فى المفصل الذى قطع الجانى منه ، ولا يجوز تجاوزه ، وفى النفس لو قتله بجرح فى بطنه أو جنبه أو غير ذلك ، كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذى وقعت الجناية فيه . إذا ثبت هذا فإنما يجب القصاص على المشتركين فى الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر ، إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ، ثم يرجعون عن الشهادة ، أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف ، فيجب قطع المُكرِهين كلهم والمكرَه أو يلقوا صخرة على طرف إنسان فيقطعه ، أو يقطعوا يداً ، أو يقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ، ويتحاملوا عليها جميعاً ، أو يمدوها ، فتبين [اليد][(1)] فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره ، أو ضرب كل واحد ضربة ، أو وضعوا منشاراً على مفصله ثم مده كل واحد إليه مرة مرة ، حتى بانت اليد ، فلا قصاص فيه لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ، ولم يشارك فى قطع جميعها ، وإن كان فعل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه ، وهذا مذهب الشافعى .

٦٦٥٠ مسألة

قال : ﴿ وإذا قتل الأب وغيره عمداً قتل من سوى الأب ﴾ .

---

(١) الزيادة من : ١٨ .

وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور : وعن أحمد رواية أخرى : لاقصاص على واحد منهما ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب ، فلم يوجب كقتل العامد والخاطىء والصبي والبالغ ، والمجنون والعاقل .

ولنا : أنه شارك فى القتل العمد العدوان فيمن يقتل به ، لو انفرد بقتله ، فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي ، ولا نسلم أن فعل الأب غير موجب ، فإنه يقتضي الإيجاب ، لكونه تمحض عمداً عدواناً ، والجناية به أعظم إثما ، وأكثر جرماً ، ولذلك خصه الله تعالى بالنهى عنه ، فقال : « وَلاَ تَقْتُلُوا أَوْلاَدَكُمْ ـ ثم قال : إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئاً كَبِيراً »[1] . ولما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن أعظم الذنب[2] قال : « أن تجعل لله نداً وهو خلقك ، ثم تقتل ولدك خشية أن يطعم معك » فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ، ولأنه قطع الرحم التى أمر الله تعالى بصلتها ، ووضع الإساءة موضع الإحسان ، فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه ، وإنما امتنع الوجوب فى حق الأب لمعنى مختص بالمحل ، لالقصور فى السبب الموجب ، فلا يمتنع عمله فى المحل الذى لامانع فيه .

وأما شريك الخاطىء فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب ، فإن فعل الخاطىء غير موجب للقصاص ، ولا صالح له ، والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً لوقوع الخطأ فى الفعل الذى حصل به زهوق النفس ، بخلاف مسألتنا .

٦٦٥١ فصــــل

وكل شريكين امتنع القصاص فى حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور فى السبب فهو فى وجوب القصاص على شريكه ، كالأب وشريكه مثل أن يشترك مسلم وذمى فى قتل عبد عمداً عدواناً ، فإن القصاص لايجب على المسلم والحر ، ويجب على الذمى والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه ، وعن الحر لحريته ، وانتفاء مكافأة المقتول له . وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ، ولا إلى شريكه ، فلم يسقط القصاص عنه .

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال : سألت أبى رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبداً عمداً ؟ قال : أما الحر فلا يقتل بالعبد ، وعلى الحر نصف قيمة العبد فى ماله ، والعبد إن شاء سيده أسلمه ، وإلا فداه بنصف بنصف قيمة العبد . وظاهر هذا ، أنه لاقصاص على العبد ، فيخرج مثل ذلك فى كل قتل شارك فيه من لايجب عليه القصاص .

---

(١) سورة الإسراء آية ٣١ .

(٢) أخرجه الشيخان عن ابن مسعود .

٦٦٥٢ مســألة

قال ﴿ وإذا اشترك فى القتل صبى ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم ، وعلى العاقل ثلث الدية فى ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبى والمجنون ثلث الدية ، وعتق رقبتين فى أموالهما ، لأن عمدهما خطأ ﴾ .

أما إذا شاركوا فى القتل من لاقصاص عليه لمعنى فى فعله كالصبى والمجنون فالصحيح فى المذهب ، أنه لاقصاص عليه ، وبهذا قال الحسن ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وهو أحد قولى الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى : أن القود يجب على البالغ العاقل ، حكاها [ابن] المنذر عن أحمد ، وحكى ذلك عن مالك ، وهو القول الثانى للشافعى . وروى ذلك عن قتادة ، والزهرى ، وحماد ، لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله ، فمتى كان فعله عمداً عدواناً وجب القصاص عليه ، ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال ، ولأنه شارك فى القتل عمداً عدواناً ، فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبى ، وذلك لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره ، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً . فمتى تمحض عمداً عدواناً وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص . وبنى الشافعى قوله على أن فعل الصبى والمجنون إذا تعمداه عمد ، لأنهما يقصدان القتل ، وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما ، وهو عدم التكليف ، فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالأبوة .

ولنا : أنه شارك من لامأثم عليه فى فعله ، فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء ، ولأن الصبى والمجنون لاقصد لهما صحيح ، ولهذا لايصح إقرارهما : فكان حكم فعلهما حكم الخطأ ، وهذا معنى قول الخرقى : عمدهما خطأ . أى : فى حكم الخطأ . فى انتفاء القصاص عنه ، ومدار[1] ديته وحمل عاقلتهما إياها ، ووجوب الكفارة .

إذا ثبت هذا فإن الدية تجب عليهم أثلاثاً ، على كل واحد منهم ثلثها ، لأن الدية بدل المحل ، ولذلك اختلفت باختلافه ، والمحل المتلف واحد ، فكانت ديته واحدة ، ولأنها تتقدر بقدره ، أما القصاص فإنما كمل فى كل واحد ، لأنه جزاء الفعل ، وأفعالهم متعددة ، فتعدد فى حقهم ، وكمل فى حق كل واحد ، كما لو قذف جماعة واحداً ، إلا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم فى ماله حالا ، لأن فعله عمد ، والعاقلة لاتحمل العمد ، وما يلزم الصبى والمجنون فعلى عاقلتهما ، لأن عمدهما خطأ والعاقلة تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية ، وتكون مؤجلة عاماً ، فإن الواجب متى كان ثلث الدية كان أجله عاماً ، ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله ، لأن فعلهما خطأ ، والقاتل الخاطىء والمشارك فى القتل خطأ يلزمه كفارة ، لأنها لاتجب بدلا عن المحل ، ولهذا لم تختلف ، وإنما وجبت تكفيراً للفعل ، ومحواً لأثره ، فوجب تكميلها كالقصاص .

---

(١) فى ١٨ : ومقدار .

٦٦٣٥ مســـــألة

قال : ﴿ ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعى ، والشعبى ، والزهرى ، وعمر بن عبدالعزيز ، ومالك ، وأهل المدينة ، والشافعى ، وإسحق ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية . أخرجه سعيد . وروى مثل هذا عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن ، وعطاء . وحكى عنهما مثل قول الجماعة ، ولعل من ذهب إلى القول الثانى يحتج بقول على رضى الله عنه . ولأن عقلها نصف عقله ، فإذا قتل بها بقى له بقية فاستوفيت ممن قتله .

ولنا : قوله تعالى : « أن النفسَ بالنفس »[1] وقوله : « الحر بالحر »[2] مع عموم سائر النصوص ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار ، وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان ، وأن الرجل يقتل بالمرأة » ، وهو كتاب مشهور عند أهل العلم ، متلقى بالقبول عندهم ، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه ، فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ، ولا يجب مع القصاص شىء ، لأنه قصاص واجب ، فلم يجب معه شىء على المقتص كسائر القصاص ، واختلاف الأبدال لاعبرة به فى القصاص ، بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد ، والنصرانى يؤخذ بالمجوسى ، مع اختلاف دينهما ، ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

٦٦٥٤ فصــــل

ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ، ويقتل بهما ، لأنه لايخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى .

٦٦٥٥ مســـــألة

قال : ﴿ من كان بينهما فى النفس قصاص ، فهو بينهما فى الجراح ﴾ .

وجملته : أن كل شخصين جرى بينهما القصاص فى النفس جرى القصاص بينهما فى الأطراف ، فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم ، والعبد ، والذمى بالذمى ، والذكر بالأنثى ، والأنثى بالذكر ، ويقطع الناقص

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .

بالكامل ، كالعبد بالحر ، والكافر بالمسلم ، ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه فلا يقطع مسلم بكافر ولا حر بعبد ولا والد بولد وبهذا قال مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لاقصاص في الطرف بين مختلفي البدل ، فلا يقطع الكامل بالناقص ، ولا الناقص بالكامل ، ولا الرجل بالمرأة ، ولا المرأة بالرجل ، ولا الحر بالعبد ، ولا العبد بالحر ، ويقطع المسلم بالكافر ، والكافر بالمسلم ، لأن التكافؤ معتبر في الأطراف ، بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ، ولا الكاملة بالناقصة ، فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ، ولا يؤخذ طرفها بطرفه ، كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى .

ولنا : أن من جرى بينهما القصاص في النفس جرى في الطرف كالحرين ، وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس ، فإن التكافؤ معتبر ، بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ، ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكامله ، لأن المماثلة قد وجدت وزيادة ، فوجب أخذها بها إذا رضي المستحق ، كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع ، وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس ، لاختلاف محليهما ، ولهذا استوى بدلهما ، فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعاً ، ولا العلة فيهما ذلك .

٦٦٥٦ مسألة

قال : ﴿ وإذا قتلاه وأحدهما مخطىء والآخر متعمد ، فلا قود على واحد منهما ، وعلى العامد نصف الدية في ماله ، وعلى عاقلة المخطىء نصفها وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة ﴾ .

أما المخطىء فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ »(١) وقال تعالى : « وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ »(٢) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصاً ، وبه قال النخعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروي عن أحمد أن عليه القصاص ، وحكي ذلك عن مالك لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك العامد ، ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه .

ولنا : أنه قتل لم يتمحض عمداً ، فلم يوجب القصاص كشبه العمد ، وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ . ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب ، فإذا كانا عامدين فكل واحد متسبب إلى

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ (٢) سورة الأحزاب آية ٥

فعل موجب للقصاص ، فقام فعل شريكه مقام فعله ، لتسببه إليه ، وههنا إذا أقمنا المخطىء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ ، وهذا غير موجب .

٦٦٥٧ فصـــــل

وهل يجب القصاص على شريك نفسه ، وشريك السبع ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد ، وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمداً . إما قبل ذلك أو بعـده ، فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمداً ثم يجرحه غيره عمداً ، فيموت منهما ، فهل يجب على المشارك له قصاص ؟ فيه وجهان ، واختلف عن الشافعي فيه ، وقال أصحاب الرأي : لاقصاص عليه ، لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه ، فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب ، فلم يوجب كالقتل الحاصـل من عمد وخطأ ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطىء ، وفعله مضمون ، فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى .

والوجه الثاني : عليه القصاص ، وهو قول أبي بكر ، وروي عن أحمد . أنه قال : إذا جرحه رجل، ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص ، لأنه قتل عمد . متمحض ، فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب ، فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحه فأصاب نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحي ، فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين . وفيه وجـه آخر : أن عليه القصاص ، بناء على الروايتين في شريك الخاطىء .

٦٦٥٨ فصـــــل

فإن جرحه إنسان فتداوى بسم فمات نظرت ، فإن كان سم سامة يقتل في الحال ، فقد قتل نفسه ، وقطع سراية الجرح ، وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح ، وننظر في الجرح ، فإن كان موجباً للقصاص فلوليه استيفاؤه ، وإن لم يكن موجباً له فلوليه الأرش . وإن كان السم لا يقتل في الغالب وقد يقتل بفعل الرجل في نفسه عمد خطأ ، والحـكم في شريكه كالحـكم في شريك الخاطىء ، وإذا لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية ، وإن كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضاً ، لأنه لم يقصد القتل ، إنما قصد التداوي ، فيـكون كالذي قتله ، واحتمل أن يكون في حـكم العمد ، فيـكون في شريكه الوجهان المذكوران في الفصل الذي قبله . وإن جرح رجـل فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له ، وكان ذلك مما يجوز أن يقتل ، فحـكمه حكم ما لو شرب سما يجوز أن يقتل على ما مضى فيه . وإن خاطه غيره بغير إذنه كرها فهما قاتلان عليهما القود ، وإن خاطه وليه أو الإمام وهو ممن لا ولاية عليه فهما كالأجنبي . وإن كان لهما عليـه ولاية فلا قود عليهما ، لأن فعلهما جائز لهما ، إذ لهما

مداواته ، فيكون ذلك خطأ ، وهل على الجارح القود ؟ فيه وجهان بناء على شريك الخاطىء .

٦٦٥٩ مسألة

قال : ﴿ ودية العبد قيمته ، وإن بلغت ديات ﴾ .

أجمع أهل العلم [على][(1)] أن في العبد الذي لاتبلغ قيمته دية الحر قيمته ، وإن بلغت قيمته دية الحر أو زادت عليها ، فذهب أحمد رحمه الله إلى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت ، وإن بلغت ديات ، عمداً كان القتل أو خطأ ، سواء ضمن باليد أو بالجناية . وهذا قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، وإياس بن معاوية ، والزهرى ، ومكحول ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبي يوسف وقال النخعى ، والشعبي ، والثورى ، وأبو حنيفة ، ومحمد : لا تبلغ به دية الحر ، وقال أبو حنيفة : ينتقص عن دية الحر ديناراً أو عشرة دراهم ، القدر الذى يقطع به السارق . وهذا إذا ضمن بالجناية ، وإن ضمن باليد بأن يغصب عبداً فيموت في يده فإن قيمته تجب وإن زادت على دية الحر ، واحتجوا بأنه ضمان آدمي فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لأن الله تعالى لما أوجب في الحر دية لا تزيد وهو أشرف لخلوصه من نقيصة الرق كان تنبيهاً على أن دية العبد المنقوص لا يزاد عليها ، فنجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيه ، ما لم يزد على الدية ، فإذا زاد علمنا خطأ ذلك ، فنرده إلى دية الحر كأرش ما دون الموضحة يجب فيه ما تخرجه الحكومة ، ما لم يزد على أرش الموضحة فنرده إليها .

ولنا : أنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس ، أو مضمون بقيمته فكانت جميع القيمة كما لو ضمنه باليد ، ويخالف الحر ، فإنه ليس بمضمون بالقيمة ، وإنما ضمن بما قدره الشرع ، فلم يتجاوزه ، ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ، ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته ، وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها ، فاختلفا . وقد حكى أبو الخطاب عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنه لا يبلغ بالعبد دية الحر . والمذهب الأول .

باب القود

القود : القصاص ، ولعله إنما سمي بذلك لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه ، أو بيده إلى القتل ، فسمى القتل قوداً لذلك .

---

(١) الزيادة من هامش ٣٩ : من نسخة أخرى .

٦٦٦٠ مســـألة

قال: ﴿ ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانها منه ، ثم ضرب عنقه آخر ، فالقاتل هو الأول . ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثانى هو القاتل ، لأن الأول لا يعيش مثله ، والثانى قد يعيش مثله ﴾ .

وجملته : أنه إذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا ، فإن كانت الأولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته ، أى : مافى بطنه ، وأبانتها منه ، أو ذبحه ثم ضَرَبَ عُنُقَهُ . الثـانى[1] فالأول هو القاتل لأنه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة وعلى الثانى التعزير كما لو جنى على ميت ، وإن عفا الولى إلى الدية فهى على الأول وحده وإن كان جرح الأول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر ، فالثانى هو القاتل ، لأنه لم يخرج الأول من حـكم الحياة ، فيـكون الثانى هو المفوت لها ، فعليه القصاص فى النفس والدية كاملة[2] إن : عفا عنه . ثم ننظر فى جرح الأول ، فإن كان موجباً للقصاص كقطع الطرف فالولى مخـير بين قطع طرفه والعفو من ديته مطلقاً ، وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش ، وإنما جعلنا عليه القصاص لأن فعل الثانى قطع سراية جراحه ، فصار كالمندمل الذى لا يسرى . وهذا مذهب الشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، ولو كان جرح الأول يفضى إلى الموت لامحالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحيـاة المستقرة مثل خرق المعى ، أو أم الدماغ ، فضرب الثانى عنقه ، فالقاتل هو الثانى ، لأنه فوت حياة مستقرة ، وقيل هو فى حكم الحياة ، بدليل أن عمر رضى الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً ، فخرج[3] بصلد ، فعلم الطبيب أنه ميت ، فقال : اعهد إلى الناس ، فعهد إليهم ، وأوصى ، وجعل الخلافة إلى أهل الشورى ، فقبل الصحابة عهده ، وأجمعوا على قبول وصاياه وعهده . فلما كان حكم الحياة باقياً كان الثانى مفوتاً لها ، فـكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى برء عليه .

٦٦٦١ فصـــل

إذا ألقى رجلا من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله ، لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال يئسوا فيها من حياته ، فأشبه مالو رماه إنسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به ، أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه . وبهذا قال الشافعى إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه ، وإن رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان .

---

(١) فى ٣٩ : أو ضرب الثانى عنقه . (٢) فى ٣٩ : أو الدية كاملة .

(٣) المصلد : اللبن يحلب فى إناء قدأصابه الدسم فلا تـكون له رغوة كما فى القاموس ج (ص٢١٩ = وقد روى أن اللبن خرج من الطعنة بصديد أبيض كما فى سيرة عمر لابن الجوزى ص ١٨٥ ، ١٨٩ . (ف)

أحدهما : كقولنا . والثانى : الضمان عليهما بالقصاص ، والدية عند سقوطه ، لأن كل واحد منهما سبب الإتلاف .

ولنا : أن الرمى سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر ، والجارح مع الذابح ، وكالصور التى ذكرنا . وما ذكروه باطل بهذه الأصول المذكورة .

٦٦٦٢ مسألة

قال : ﴿ وإذا قطع يديه ورجليه ، ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتل ، ولم تقطع يده ولا رجلاه فى إحدى الروايتين . عن أبى عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل . فإن عفا عنه الولى فعليه دية واحدة ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرجل إذا جرح ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح ، فالكلام فى المسألة فى حالين :

أحدهما : أن يختار الولى القصاص ، فاختلفت الرواية عن أحمد فى كيفية الاستيفاء .

فروى عنه لا يستوفى إلا بالسيف فى العنق ، وبه قال عطاء ، والثورى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاقود إلا بالسيف » ، رواه ابن ماجه ، ولأن القصاص أحد بدلى النفس ، فدخل الطرف فى حكم الجملة كالدية ، فإنه لو صار الأمر إلى الدية لم تجب إلا دية النفس ولأن القصد من القصاص فى النفس تعطيل الكل ، وإتلاف الجملة ، وقد أمكن هذا بضرب العنق ، فلا يجوز تعذيبه بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كالّ ، فإنه لا يقتل بمثله .

والرواية الثانية : عن أحمد قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل ، يعنى أن للمستوفى أن يقطع أطرافه ثم يقتله . وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة ، وأبو ثور ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ »[1] وقوله سبحانه : « فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ »[2] ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « رض رأس يهودى لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين »[3] ، ولأن الله تعالى قال : « والعينَ بالعينِ »[4] وهذا قد قلع عينه ، فيجب أن تقلع عينه للآية . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه »[5] ، ولأن القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفى منه

(١) سورة النحل آية ١٢٦ (٢) سورة البقرة آية ١٩٤ .
(٣) أخرجه الستة عن أنس . (ف) (٤) سورة المائدة آية ٤٥
(٥) أخرجه البيهقى عن البراء . (ف)

مثـل مافعل ، كما لو ضرب العنق آخر غيره فأما حديث « لاقود إلا بالسيف » فقـال أحمد : ليس إسناده بجيـد .

الحال الثانى : أن يصير الأمر إلى الدية ، إما بعفو الولى ، أو كون الفعل خطأ ، أو شبه عمد ، أو غير ذلك ، فالواجب دية واحدة . وهذا ظاهر مذهب الشافعى . وقال بعضهم : تجب دية الأطراف المقطوعة ، ودية النفس ، لأنه لما قطع بسراية الجراح بقتـله صار كالمستقر فأشبه مالو قتله غيره ، ولهذا لم يسقط القصاص فيه .

ولنا : أنه قاتل قبل استقرار الجرح ، فدخل أرش الجراحة ، فى أرش النفس ، كما لو سرت إلى نفسه ، والقصاص فى الأطراف على إحدى الروايتين لايجب ، وإن وجب فإن القصاص لايشبه الدية ، لأن سراية الجرح لاتسقط القصاص فيه ، وتسقط ديته .

٦٦٦٣ فصـــل

ومتى قلنا له أن يستوفى بمثل مافعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك ، وهو أفضل ، وإن قطع أطرافه التى قطعها الجانى أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك ، لأنه تارك بعض حقه ، وإن قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك ، لأن جميع مافعل بوليه لايجب به إلا دية واحدة ، فلايجوز أن يستوفى بعضه ، ويستوفى بعضه ، ويستحق كمال الدية ، فإن فعل فله مابقى من الدية ، فإن لم يبق منها شىء فلا شىء له ، وإن قلنا : ليس له أن يستوفى إلا بضرب العنق فاستوفى منه بمثل مافعل فقد أساء ، ولا شىء عليه سوى المأثم ، لأن فعل الجانى فى الأطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها ، فكذلك فعل المستوفى ، إن قطع الجانى طرفاً واحداً ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا تمامها ، وإن قطع ماتجب به الدية ثم عفا لم يكن له شىء ، وإن قطع مايجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه مازاد على الدية ، لأنه لايستحق أكثر من دية ، وقد فعل مايوجب أكثر منها ، فكانت الزيادة عليه ، واحتمل ألا لايلزمه شىء ، لأنه لو قتله لم يلزمه شىء ، فإذا ترك قتله وعفا عنه فأولى ألا يلزمه شىء ، ولأنه فعل بعض مافعل بوليه ، فلم يلزمه شىء كما لو قلنا إن له أن يستوفى مثل مافعل به .

٦٦٦٤ فصـــل

فإن قطع يديه ورجليه ، أوجرحه جرحاً يوجب القصاص إذا انفرد ، فسرى إلى النفس فله القصاص فى النفس ، وهل له أن يستوفى القطع قبل القتل ؟ على روايتين ذكرهما القاضى وبناهما على الروايتين المذكورتين فى المسألة :

إحداهما : ليس له قطع الطرف ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأن ذلك يفضي إلى الزيادة على ماجناه الأول ، والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع .

والثانية : يجب القصاص في الطرف ، فإن مات به وإلا ضربت عنقه ، وهذا مذهب الشافعي ، لما ذكرناه في أول المسألة ، وذكر أبو الخطاب : أنه لايقتص منه في الطرف رواية واحدة ، وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين في المسألة ، لإفضاء هذا إلى الزيادة ، بخلاف المسألة . والصحيح تخريجه على الروايتين وليس هـذا بزيادة ، لأن فوات النفس بسراية فعله ، وسراية فعله كفعله ، فأشبه مالو قطعه ثم قتله ، ولأن زيادة الفعل في الصـورة محتمل في الاستيفاء ، كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء إلا بضربتين .

٦٦٦٥ فصـــــل

وإن جرحه جرحاً لاقصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به ، مثل أن أجافه ، أو أمّه ، أو قطع يده من نصف ساقه ، فمات منه ، أوقطع يداً ناقصة الأصابع ، أو شلاء ، أو زائدة ، ويد القاطع أصلية صحيحة فالصحيح في المذهب : أنه ليس له فعل مثل مافعل وليس له أن يقتص إلا في العنق بالسيف ، ذكره أبو بكر ، والقاضي ، وقال غيرهما : فيه رواية أخرى ، له أن يقتص بمثل مافعله ، لأنه صار قتلا ، فكان له القصاص بمثل فعله ، كما لو رض رأسه بحجر فقتله به .

والصحيح الأول ، لأن هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص ، فلم يجز القصاص فيه مع القتل ، كما لو قطع يمينه ، ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يستوفي من يساره ، وفارق ما إذا رض رأسه فمات ، لأن ذلك الفعل قتل مفرد ، وههنا قتل وقطع ، والقطع لا يوجب قصاصاً ، فبقي مجرد القتل ، فإذا جمع المستوفي بينهما فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراماً وسواء في هذا ماإذا قطع ثم قتل عقيبه و بين ماإذا قطع فسرى إلى النفس .

٦٦٦٦ فصـــــل

فأما إن قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له ، أو قلع العين ولا عين له ، فمات المجني عليه ، فإنه يقتل بالسيف في العنق ، ولا قصاص في طرفه ولا أعلم فيـه خلافاً ، لأن القصاص إنما يكون من مثل العضو المتلف ، وهو ههنا معدوم ، ولأن القصاص فعل مثل ما فعل الجاني ، ولا سبيل إليه ، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفياً رجلا ممن لم يقطع له مثلها ، أو أذناً بدلا عن عين . وهذا غير جائز وهذا يدل على فساد الوجه الثاني في القصص الذي قبله .

٦٦٦٧ فصـــل

وإن قتله بغير السيف ، مثل أن قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق ، فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان :

إحداهما : له ذلك ، وهو قول مالك ، والشافعى .

والثانية : لايستوفى إلا بالسيف فى العنق ، وبه قال أبو حنيفة ، فيما إذا قتله بمثقل [من] الحديد على إحدى الروايتين عنده ، أو جرحه فمات ووجه الروايتين ما تقدم فى أول المسألة ، ولأن هذا لاتؤمن معه الزيادة على مافعله الجانى ، فلا يجب القصاص بمثل آلته ، كما لو قطع الطرف بآلة كالّة أو مسمومة ، أو بالسيف ، فإنه لايستوفى بمثله ، ولأن هـذا لايقتل به المرتد، فلا يستوفى به القصاص ، كما لو قتله بتجريع الخمر ، أو بالسحر ، ولا تفريع على هذه الرواية . فأما الرواية الأخرى فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف ، وهذا أحد قولى الشافعى : والقول الثانى : أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به ، لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله .

ولنا : أنه قد فل به مثل فعله فلم يزد عليه ، كما لو جرحه جرحاً أو قطع منه طرفاً فاستوفى منه الولى مثله ، فلم يمت به ، فإنه لا يكرر عليه الجرح بغير خلاف ، ويعدل إلى ضرب عنقه ، فـكذا ههنا .

٦٦٦٨ فصـــل

وإن قتلته بما لايحل لعينه مثل أن لاط به فقتله ، أو جرعه خمراً ، أو سحره ، لم يقتل بمثله اتفاقاً ، ويعدل إلى القتل بالسيف ، وحكى أصحاب الشافعى فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجهاً آخر : أنه يدخل فى دبره خشبة يقتله بها ، ويجرعه الماء حتى يموت .

ولنا : أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كالو قتله بالسحر ، وإن حرقه فقال بعض أصحابنا : لايحرق ، لأن التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يعـذب بالنار إلا رب النار »[1] ، ولأنه داخل فى عموم الخبر ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وقال القاضى : الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق :

إحداها : يحرق ، وهو مذهب الشافعى ، لما روى البراء بن عازب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقنـاه »[2] . وحملوا الحديث الأول على غـير القصاص فى الحرق . [والثانية : لايحرق][3] .

---

(١) أخرجه أبو داود عن حمزة الأسلمى ج ٢ ص ٥٠ (ف)

(٢) أخرجه البيهقى فى المعرفة عن البراء (ف)

(٣) الزيادة من : ١٨ . وسقطت من المطبوعة .

٦٦٦٩ فصل

إذا زاد مستوفى القصاص فى النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها ، نظرنا . فإن عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ماأتلف بديته . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال مالك ، والشافعى ، وابن المنذر ، وأبو يوسف ، ومحمد : لاضمان عليه ، ولكن قد أساء ويعزّر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لأنه قطع طرفاً من جملة استحق إتلافها ، فلم يضمنه كالو قطع أصبعاً من يد يستحق قطعها .

ولنا : أنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق ، فوجب عليه ضمانه ، كالو عفا عنه ثم قطعه ، أو كالو قطعه أجنبى . فأما إن قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضاً لأنه يضمنه إذا عفا عنه ، فكذلك إذا لم يعف عنه . لأن العفو إحسان ، فلا يكون موجباً للضمان واحتمل ألا يضمنه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه لو قطع متعدياً ، ثم قتل لم يضمن الطرف ، فلأن لا يضمنه[1] إذا كان القتل مستحقاً أولى .

فأمّا القصاص فلا يجب فى الطرف[2] بحال . ولا نعلم فى هذا خلافاً . لأنّ القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات ، والشبهة هاهنا متحققة ، لأنه متحقق لإتلاف هذا الطرف ضمناً ، لاستحقاقه إتلاف الجملة ، ولا يلزم من سقوط القصاص ألا تجب الدية بدليل امتناعه ، لعدم المكافآت .

فأمّا إن كان الجانى قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى . وإن قطع طرفاً غير الذى قطعه الجانى كأن قطع الجانى[3] يده فقطع المستوفى رجله احتمل أن يكون بمنزلة مالو قطع يده ، لأن ديتهما واحدة . واحتمل أن تلزمه دية الرجل ، لأنّ الجانى لم يقطعها ، فأشبه مالو لم يقطع يده .

٦٦٧٠ فصل

فأما إن كانت الزيادة فى الاستيفاء من[4] الطرف مثل أن استحق قطع أصبع فقطع اثنتين ، فحكمه حكم القاطع ابتداء ، إن كان عمداً[5] من مفصل أو شجة يجب فى مثلها القصاص فعليه القصاص فى الزيادة وإن كان خطأ أو جرحاً لايوجب القصاص ، مثل من يستحق موضحة فاستوفاها هاشمة ، فعليه أرش

---

(١) فى نسخ المغنى (فلأن يضمنه) ، وفى الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٦ (فلأن لايضمنه) ، وهو الصواب (ف)

(٢) فى نسخ المغنى (فى العرف) وفى الشرح الكبير الصفحة السابقة (فى الطرف) وهو الصواب .

(٣) فى المطبوعة : ٣٩ كأن الجانى قطع يده . ومافى ١٨ أوضح .

(٤) فى نسخ المغنى (لأنه الطرف) وفى الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٦ (من الطرف) وهو الصواب .

(٥) فى نسخ المغنى (إن كان عقداً) ، وفى الشرح الكبير ح ٩ ص ٤٠٧ (إن كان عمداً) ، وهو الصواب (ف)

الزيادة ، إلا أن يكون ذلك بسبب من الجـانى ، كاضطرابه حال[1] الاستيفاء فلا شيء على المقتص لأنه حصل بفعل الجانى ، فإن اختلفا هل فَعَلَهُ خطأً أو عمداً ؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه ، وهو أعلم بقصده . وإن قال المقتص : حصل هذا باضطرابك ، أو فعـل من جهتك ، فالقول قول المقتص منه ، لأنه منـكر ، فإن سرى الاستيفاء الذى حصلت فيه الزيادة إلى نفس المقتص منه فمات أو إلى بعض أعضائه ، مثل أن قطع إصبعه فسرى إلى جميع يده ، أو اقتص منه بآلة كَالَّةٍ أو مسمومة ، أو فى حال حَرٍّ مفرط ، أو برد شديد ، فسرى . فقـال القاضى : على المقتص نصف الدية ، لأنه تلف بفعلين ، جائز ومحرم ، ومضمون وغـير مضمون ، فانقسم الواجب عليهما نصفين ، كالو جرحه جرحاً فى حال ردته ، وجرحاً بعد إسلامه ، فمات منهما ، وهذا كله مذهب الشافعى ويحتمـل : أن يلزمه ضمان السراية كلهـا فيما إذا اقتص بآلة مسمومة ، أو كالة ، لأنّ الفعل كله محرم ، بخلاف قطـع الأصبعين ، فإنّ أحدهما مباح .

٦٦٧١ فصـــــل

قال القاضى : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان ، وحكاه عن أبى بكر ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيـه ، فلا يؤمن الحيف مـع قصد التشفى . فإن استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ، ويعزر لافتيانه بفعل ما منع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان ، إذا كان القصص فى النفس ، لأنّ « رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم ، برجل يقوده بِنِسْعَةٍ[2] ، فقال : إن هذا قتل أخى ، فاعترف بقتله . فقال النبى صلى الله عليـه وسلم : إذهب فاقتله » . رواه مسلم بمعناه ولأن اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ، ولم يثبت ذلك : ويستحب أن يحضر شاهدين ، لئـلا يجحد المجنى عليـه الاستيفاء ، وإذا أراد الولى الاستيفاء فعلى السلطان أن يتفقـد الآلة التى يستوفى بها ، فإن كانت كالّة منعه الاستيفاء بها ، لئـلا يعذب المقتول .

وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شىء . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته »[3]

---

(١) فى المطبوعة : خال خطأ .

(٢) النسعة : حبل من جلود مضفورة جعلهـا كالزمام له والحديث فى صحيح مسلم ج ٣ص ١٣٠٨ ، ١٣٠٨ وقد ذكر قصة عجيبة وفيه قال الرسول « دونك صاحبك » فلما ولى قال الرسول صلى الله عليه وسلم « إن قتله فهو مثله » أى لامنة لأحدهما على الآخر فعلم الرجل فعفا عنه (ف)

(٣) أخرجه مسلم (ف)

وإن كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها ، لأنها تفسد البدن ، وربما منعت غسله ، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر ، وإن كان السيف صارماً غير مسموم نظر فى الولى ، فإن كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه ، لقوله تعالى : (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً)[1] وقال عليه السلام : « من قتل[2] له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » . ولأنه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق .

وإن لم يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل ، لأنه عاجز عن استيفاء حقه . فإن ادعى الولى المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه ، وإن أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر . وإن قال : أخطأت وكانت الضربة فى موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه ، لأنّ هذا مما يجوز الخطأ فى مثله ، وإن كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه . ثم إن أراد العود ففيه وجهان :

أحدهما : لا يمكن منه ، لأنه تبين منه أنه لا يحسن الاستيفاء ، ويحتمل العود إلى مثل فعله .

والثانى : يمكن منه ، قاله القاضى ، لأنّ الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانياً ، وإن كان الولى لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه ، لأنه حقه فكان له التوكيل فى استيفائه كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال .

قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص ، لأن هذا من المصالح العامة فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجانى ، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذى عليه ، فكانت عليه كأجرة الكيال فى بيع المكيل ، ويحتمل أن تكون على المقتص ، لأنه وكيله ، فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع . والذى على الجانى التمكين دون الفعل ، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولى إذا استوفى بنفسه . وإن قال الجانى : أنا أقتص لك من نفسى ، لم يلزم تمكينه ، ولم يجز ذلك له لأن الله قال : « وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ »[1] ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ، ولأن القصاص حق عليه لغيره ، فلم يجز أن يكون هو المستوفى له كالبائع لا يستوفى من نفسه .

---

(١) عن أبى هريرة قال : « لما فتحت مكة قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى أو يقاد » أخرجه أبو داود ، وأخرج عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يقتل مؤمن بكافر من قتل مؤمناً متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوه وإن شاءوا أخذوا الدية » وأخرجه البخارى عن أبى هريرة ج ٩ ص٦ ومسلم ج ٢ ص ٩٨٩(ف)

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

٦٦٧٢ فصل

وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء وتشاحُّوا فى المتولى منهم الاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم ، أو واحد من غيرهم ، ولم يجز أن يتولاه جميعهم ، لما فيه من تعذيب الجانى ، وتعدد أفعالهم ، فإن لم يتفقوا على واحد وتشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم ، لأن الحقوق إذا تساوت وعُدم الترجيح صرنا إلى القرعة ، كما لو تشاحوا فى تزويج موليتهم ، فمن خرجت له القرعة أمر الباقون بتوكيله ، ولا يجوز له الاستيفاء بغير إذنهم ، لأن الحق لهم فلا يجوز استيفاؤه بغير إذنهم وإن لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا .

٦٦٧٣ مسألة

قال : ﴿ وإن كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المعفو عنه ثلاث ديات ، إلا أن يريدوا القود فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين ﴾ .

أما إذا قطع يديه ورجليه فبرئت جراحه ثم قتله فقد استقر حكم القطع ، ولولى القتيل الخيار ، إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات ، دية لنفسه ، ودية ليديه ، ودية لرجليه . وإن شاء قتله قصاصاً بالقتل ، وأخذ ديتين لأطرافه ، وإن أحب قطع أطرافه الأربعة وأخذ دية لنفسه ، وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه ، وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتين لنفسه ويديه ، وإن أحب قطع طرفاً واحداً وأخذ دية الباقى وإن أحب قطع ثلاثة أطراف وأخذ دية الباقى وكذلك سائر فروعها ، لأن حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال ، فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده ، كما لو قتله أجنبى ولا نعلم فى هذا مخالفاً[1] .

٦٦٧٤ فصل

فإن اختلف الجانى والولى فى اندمال الجرح قبل القتل ، وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله فى مثلها ، فالقول قول الجانى بغير يمين . وإن اختلفا فى مضى المدة فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الأصل عدم مضيها . وإن كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولى مع يمينه ، لأنه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما ، والجانى يدعى سقوط ديتهما بالقتل ، والأصل عدم ذلك . فإن كانت للجانى بينة ببقاء المجنى عليه ضمناً حتى قتله حكم له ببينة ، وإن كان للولى بينة ببرئه حكم له أيضاً . وإن تعارضتا قدمت بينة الولى ، لأنها مثبتة للبرء . ويحتمل أن يكون القول قول الجانى إذا لم يكن لهما بينة ، لأن الأصل بقاء الجراحة ، وعدم اندمالها .

---

(١) فى ١٨ و ٣٩ : خلافاً .

وإن قطع أطرافه فمات واختلفا : هل برأ قبل الموت أو مات بسراية الجرح ، أو قال الولي : إنه مات بسبب آخر ، كأن لدغ أو ذبح نفسه ، أو ذبحه غيره ، فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر كالحكم فيما إذا قتله سواء ، وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان :

أحدهما : تقديم قول الجاني ، لأن الظاهر بقاء الجناية والأصل عدم سبب آخر ، فيكون الظاهر معه .

والثاني : القول قول ولي الجناية ، لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد مايزيلهما فإن كانت دعواهما بالعكس فقال الولي : مات من سراية قطعك ، فعليك القصاص في النفس ، فقال الجاني : بل اندملت جراحه[1] قبل موته ، أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع يمينه ، لأن الجرح سبب الموت فقد تحقق ، والأصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح فيما يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل ، ولا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل وهذا كله مذهب الشافعي .

٦٦٧٥ مســـألة

قال : ﴿ ولو رمى وهو مسلم كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود ، وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه ﴾ .

هـذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعي ، وقال أبو بكر : يجب القود ، لأنه قتل مكافئاً له ظلماً عمداً ، فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلماً حال الرمي ، يحققه أن الاعتبار بحال الجناية ، بدليل مالو رمى مسلماً حياً فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شيء ، ولو رمى عبداً كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم ، وقال أبو حنيفة : يلزمه في العبد دية عبد لمولاه ، لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم ، فكان الاعتبار بها كحالة الجرح . فأما الكافر فمذهبه أن ديته دية المسلم ، وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد .

ولنا على درء القصاص : أنه لم يتعمد إلى نفس مكافئة له حال الرمي ، فلم يجب عليه قصاص ، كما لو رمى حربياً أو مرتداً فأسلم وعلى أبي حنيفة : أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الأحرار ، كما لو قصد صيداً ، وما قاله يبطل بما إذا رمى حياً فأصابه ميتاً ، أو صحيحاً فأصابه معيباً .

ولنا : على أن ديته تجب لورثته دون سيده : أنه إذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار إن مات مسلماً حراً ، فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رميه ، ولأن الميراث إنما

---

(١) في ٣٩ : اندملت جراحته .

يستحق بالموت فتعتبر حاله حينئذ لاحين سبب الموت ، بدليل مالو مرض وهو عبد كافر ، ثم أسلم ومات بتلك العلة ، والواجب بدل المحل ، فيعتبر بالمحل الذى فات بهـا فيجب بقدره ، وقد فات بها نفس حر مسلم ، والقصاص جزاء الفعل ، فيعتبر الفعل فيـــه والإصابة معاً ، لأنهما طرفاه ، فلذلك لم يجب القصاص بقتله .

٦٦٧٦ فصـــــل

ولم يفرق الخرقى بين كون الكافر ذمياً أو غيره ، إلا أنه يتعين التفريق فيه ، فمتى رمى إلى حربى[1] فى دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرمية به ، فلا دية له ، وفيه الكفارة ، لأنه رمى مندوب إليه مأمور به ، فأشبه مالو قتله فى دار الحرب يظنه حربياً ، وكان قد أسلم وكتم إسلامه ، وفيه رواية أخرى : أن فيه الدية على عاقلة القاتل ، لأنه نوع خطأ فـكذلك ههنا ، ولو رمى مرتداً فى دار الإسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه ، لأنه مفرط بإرسال سهمه عليه ، لأن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى آحاد الناس ، وقتله بالسيف لا بالسهم .

٦٦٧٧ فصـــــل

ولو رمى حربياً فتترس بمسلم فأصابه فقتله ، نظرنا ، فإن كان تترس به بعد الرمى ففيه الكفارة ، وفى الدية على عاقلة الرامى روايتان كالتى قبلهـا ، وإن تترس به قبل الرمى لم يجز رميه إلا أن يخاف على المسلمين فيرمى الكافر ، ولا يقصد المسلم ، فإذا قتله ففى ديته أيضاً روايتان . وإن رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه ديته ، لأنه لم يجز له رميه .

٦٦٧٨ فصـــــل

ولو قطع يد عبد ثم أعتق ومات ، أو يد ذمى ثم أسلم ومات ، ففيه وجهان :

أحدهما : الواجب دية حر مسلم لورثته ، ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته ، اعتباراً بحال استقرار الجناية .

وقال القاضى[2] وأبو بـكر : تجب قيمة العبد بالغة مابلغت مصروفة إلى السيد اعتباراً بحال الجناية لأنها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ، ومقتضى قولهما ضمان الذمى الذى أسلم بدية ذمى ، ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة ، وهو غير صحيح ، لأن الدية لاتخلو من أن تـكون مستحقة

(١) فى ٣٩ : فمن رمى حربياً .
(٢) هذه هى الرواية الثانية .

المجنى عليه ، أو لورثته ، فإن كانت له وجب أن تـكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه ، كالذى كسبه بعد جرحه ، وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دن الـكفار .

٦٦٧٩ فصـــــل

وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ، ثم أعتقه السيد ، وجبت قيمته بـكمالها للسيد . وإن أعتقه ثم اندمل فـكذلك ، لأنه إنما استقر بالإندمال ماوجب بالجناية ، والجنـاية كانت فى ملك سيده . وإن مات من سراية الجرح فـكذلك فى قول أبى بـكر والقاضى ، وهو قول المزنى ، لأن الجناية يراعى فيها حال وجودها . وذكر القاضى ، أن أحمد نص عليه فى رواية حنبل ، فيمن فقأ عينى عبد ثم أعتق ومات ، ففيه قيمته لا الدية . ومقتضى قول الخرقى أن الواجب فيه دية حر ، وهو مذهب الشافعى ، لأن اعتبار الجناية بحالة الاستقرار ، وقد ذكرناه وتصرف إلى السيد لأنه استحق أقل الأمرين من ديته أو أرش الجرح ، والدية ههنا أقل الأمرين ، وماذكروه ينتقض بما إذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح . فإن الواجب دية النفس لادية الجرح .

٦٦٨٠ فصـــــل

وإن قطع يد عبد فأعتق ، ثم عاد فقطع رجليه واندمل القطعان ، فلا قصاص فى اليد ، لأنها قطعت فى حال رقه ، ويجب فيها نصف قيمته ، أو مانقصه القطع لسيده ، ويجب القصاص فى الرجل التى قطعها حال حريته ، أو نصف الدية إن عفا عن القصاص لورثته ، وإن اندمل قطع اليد ، وسرى قطع الرجل إلى نفسه ففى اليد نصف القيمة لسيده ، وعلى القاطع القصاص فى النفس ، أو الدية كاملة لورثته ، وإن اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففى الرجل القصاص بقطعها ، أو نصف الدية لورثته ، ولا قصاص فى اليد ، ولا فى سرايتها ، وعلى الجانى دية حر ، لسيده منها أقل الأمرين من أرش القطع ، أو دية الحر على قول ابن حامد ، وعلى قول أبى بـكر والقاضى : تجب قيمه العبدلسيده اعتباراً بحال جنايته ، وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص فى النفس ولا اليد ، لأنه مات من جرحين ، موجب وغير موجب ، فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين عمداً وخطأ ، ولـكن يجب القصاص فى الرجل ، لأنه قطعها من حر ، فإن اقتص منه وجب نصف الدية . لأنه مات من جنايته وقد استوفى منه مايقابل نصف الدية ، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو نصف الدية ، فإن زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائدللورثة ، وإن عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضاً نصف الدية .

وإن كان قاطع الرجل غير قاطع اليد ، واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده ، وعلى قاطع الرجل القصاص فيها ، أو نصف الدية وإن سرى الجرحان إلى نفسه فلا قصاص على الأول ، لأنه

قطع يد عبد ، وعليه نصف دية حر ، لأن المجنى عليه حر فى حال قرار الجناية ، وعلى الثانى القصاص فى النفس إذا كان عمد القطع[1] لأنه شارك فى القتل عمداً عدواناً فهو كشريك الأب ويتخرج أن لاقصاص عليه فى النفس لأن الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الأب ، وإن عفا عنه إلى الدية فعليه نصف دية حر ، وإن قلنا بوجوب القصاص فى النفس خرج فى وجوبه فى الطرف روايتان ، وإن قلنا : يجب فى النفس وجب فى الرجل .

٦٦٨١ فصـــل

وإن قلع عين عبد ثم أعتق ، ثم قطع آخر يده ، ثم قطع آخر رجله ، فلا قود على الأول ، سواء اندمل جرحه أو سرى . وأما الآخران فعليهما القود فى الطرفين إن وقف قطعهمـا ، أو ديتهما إن عفـا عنهما . وإن سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص فى النفس ، لأن جنايتهما صارت نفساً ، وفى ذلك وفى القصاص فى الطرف اختلاف ، وقد ذكرناه . وإن عفا عنهما فعليهم الدية أثلاثاً ، وفيما يستحقه السيد وجهان :

أحدهما : أقل الأمرين من نصف القيمـة أو ثلث الدية ، هذا قيـاس قول أبى بـكر ، لأنه بالقطع استحق نصف القيمة ، فإذا صارت نفساً وجب فيها ثلث الدية ، فـكان له أقل الأمرين .

والثانى : له أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية ، لأن الجناية إذا صارت نفسا كان الاعتبار بما آلت إليه ، ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضاً لم يـكن على الأول إلا ثلث القيمة ، فلا يزيد حقه بالعتق ، كما لو قلع رجل عينه ثم باعه سيده ، ثم قطع آخر يده ، وآخر رجله ، ثم مات ، فإنه يـكون للأول ثلث القيمة ؟ وإن كان أرش الجناية نصف القيمة فإذا قلنا بالوجه الأول ، فلو كان الأول قطع إصبعه ، أو هشمه ، والجانيان فى الحرية قطعا يده ، فالدية عليهم أثلاثاً ، للسيد منها أقل الأمرين من أرش الأصبع وهو عشر القيمة ، أو ثلث الدية ، ولو كان الجانى فى حال الرق قطع يديه والجانيان فى الحرية قطعاً رجليه ، وجبت الدية أثلاثاً وكان للسيد منها أقل الأمرين من جميع قيمته أو ثلث الدية وعلى الوجه الآخر يـكون له فى الفرعين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية .

٦٦٨٢ فصـــل

فإن كان الجانيان فى حال الرق ، والواحد فى حال الحرية ، فمات فعليهم الدية ، وللسيد من ذلك

---

(١) فى ١٨ : إذا كان متعمداً القطع .

فى أحد الوجهين أقل الأمرين من أرش الجنايتين ، أو ثلثى الدية ، وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثى القيمة ، أو ثلثى الدية .

٦٦٨٣ فصـــل

وإن كان الجناة أربعة ، واحد فى الرق ، وثلاثة فى الحرية ، ومات ، كان للسيد فى أحد الوجهين الأقل من أرش الجناية أو ربع الدية ، وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية . وإن كان الثلاثة فى الرق والواحد فى الحرية ، كان للسيد أقل الأمرين من أرش الجنايات وثلاثة أرباع الدية فى أحد الوجهين ، وفى الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية . ولو كانوا عشرة ، واحد فى الرق ، وتسعة فى الحرية ، فالدية عليهم ، وللسيد فيها بحساب ماذكرنا على اختلاف الوجهين .

٦٦٨٤ فصـــل

فإن قطع يده ثم أعتق ، فقطع آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال ، فعليه القصاص للورثة ، ونصف مقيمة للسيد ، وعلى الآخر القصاص للورثة فى الرجل ، أو نصف الدية ، فإن كان قبل الاندمال فعلى الجانى الأول القصاص فى النفس دون اليد . لأنه قطعها فى رقه ، فإن اختار الورثة القصاص فى النفس سقط حق السيد ، لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس ، وأرش الطرف قبل الاندمال ، فإن الطرف داخل فى النفس فى الأرش .

وإن اختاروا العفو فعليه الدية دون أرش الطرف ، لأن أرش الطرف يدخل فى النفس ، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو أرش الطرف ، والباقى للورثة ، وأما الثانى فعليه نصف القصاص فى الرجل ، لأن القتل قطع سرايتها ، فصار كما لو اندملت ، فإن عفا عنه فعليه القصاص فى النفس ، وهل يقطع طرفه ؟ على روايتين . فإن عفا الورثة فعليه دية واحدة ، وأما الأول فعليه نصف القيمة للسيد ، ولا قصاص عليه .

وإن كان القاتل ثالثاً فقد استقر القطعان ، ويكون على الأول نصف القيمة لسيده ، وعلى الثانى القصاص فى الرجل ، أو نصف الدية لورثته ، وعلى الثالث القصاص فى النفس ، أو الدية .

٦٦٨٥ فصـــل

وإذا قطع رجل يد عبده . ثم أعتقه ، ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان ، لأنه إنما قطع يد عبده ، وإنما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح ، وإن مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه ، لأن الجناية كانت على مملوكه : وفى وجوب الضمان وجهان .

أحدهما : لا يجب شيء ، لأنه مات بسراية جرح غير مضمون أشبه ما لو مات بسراية القطع فى الحد

وسراية القود ، ولأنا تبينا أن القطع كان قتلا ، فيـكون قاتلا لعبده فلا يلزمه ضمانه ، كما لو لم يعتقه .

والثانى : يضمنه بما زاد على أرش القطع من الدية ، لأنه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن ، كما لو كان القاطع أجنبياً ، لـكن يسقط أرش القطع ، لأنه فى ملـكه ، ويجب الزائد لورثته ، فإن لم يكن له وارث سواه وجب لبيت المال ، ولا يرث السيد شيئاً ، لأن القاتل لا يرث .

٦٦٨٦ مســـــألة

قال ﴿ وإذا قتل رجل اثنين ، واحداً بعد واحد ، فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد لهما . وإن أراد ولى الأول القود ، والثانى الدية ، أقيد للأول ، وأعطى أولياء الثانى الدية من ماله . وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية ، والثانى القود ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما قتل بهما ، وإن أراد أحـدهما القود والآخر الدية قتل لمن أراد القود ، وأعطى أولياء الثانى الدية من ماله ، سواء كان المختار للقود الثـانى أو الأول ، وسواء قتلهما دفعة واحدة أو دفعتين فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية فى ماله أيهمـا كان . وقال أبو حنيفة ومالك : يقتل بالجماعة ليس لهم إلا ذلك ، فإن طلب بعضهم الدية فليس له ، وإن بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقين ، لأن الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به ، فـكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد .

وقال الشافعى : لا يقتل إلا بواحد ، سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا ، لأنه إذا كان لـكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم فى المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق .

ولنا على أبى حنيفة : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فمن قتل له قتيـل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل » فظاهر هـذا : أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية ، فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم ، وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخـبر ، ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما ، فلم يتداخلا فى العمد كالجنايات على الأطراف ، وقد سلموها :

ولنا على الشافعى : أنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معاً رضى المستحقان به عنهما فيـكتفى به ، كما لو قتل عبد عبدين خطأ ، فرضى بأخذه عنهما ، ولأنهما رضيا بدون حقهما فجاز ، كما لو رضى صاحب الصحيحة بالشلاء ، أو ولى الحر بالعبد ، وولى المسلم بالـكافر ، وفارق ما إذا كان القتل خطأ ، فإن الجناية تجب فى الذمة ، والذمة تتسع لحقوق كثيرة ، وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح ، فإن الجماعة قتلوا بالواحد ، لئلا يؤدى الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظاً للقصاص ، ومبالغة فى الزجر ، وفى مسألتنا

ينعكس هذا ، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ، وإن قتل الثانى والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله ، وفعل ما يشتهى فعله ، فيصير هـذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية .

٦٦٨٧ فصـــل

وإن طلب كل ولى قتله بوليه مستقلا من غير مشاركة قدم الأول ، لأن حقه أسبق ، ولأن المحل صار مستحقاً له بالقتل الأول ، فإن عفا ولى الأول فلولى الثانى قتله ، وإن طالب ولى الثانى قبل طلب الأول ، بعث الحاكم إلى ولى الأول فأعلمه ، وإن بادر الثانى فقتله أساء ، وسقط حق الأول إلى الدية وإن كان ولى الأول غائباً ، أو صغيرا أو مجنونا انتظر ، وإن عفا أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك ، وإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا فى المستوفى أقرع بينهم ، فقدم من تقع له القرعة لتساوى حقوقهم ، وإن بادر غيره فقتله استوفى حقه ، ويسقط حق الباقين إلى الدية ، وإن قتلهم متفرقاً وأشكل الأول ، أو ادعى كل ولى أنه الأول ، ولا بينة لهم ، فأقر القاتل لأحدهم قدم بإقراره ، وإن لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم .

٦٦٨٨ فصـــل

وإن قطع يمنى رجلين فالحكم فيه كالحكم فى الأنفس على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف ، إلا أن أصحاب الرأى قالوا : يقاد لهما جميعاً ، ويغرم لهما دية اليد فى ماله نصفين ، وهذا لا يصح ، لأنه يفضى إلى إيجاب القود فى بعض العضو ، والدية فى بعضه ، والجمع بين البدل والمبدل فى محل واحد ، ولم يرد الشرع به ، ولا نظير له يقاس عليه .

٦٦٨٩ فصـــل

وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر ، ثم سرى القطع إلى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما ، فإذا تشاحا فى المستوفى للقتل قتل بالذى قتله ، لأن وجوب القتل عليه أسبق ، فإن القتل بالذى قطعه إنما وجب عند السراية ، وهى متأخرة عن قتل الآخر ، وأما القطع فإن قلنا : إنه يستوفى منه مثل ما فعل ، فإنه يقطع له أولا ، ثم يقتل الذى قتله ، ويجب للأول نصف الدية ، وإن قلنا : لا يستوفى القطع ، وجبت له الدية كاملة ، ولم يقطع طرفه ، ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال ، لأن القطع إنما يدخل فى القتل عند استيفاء القتل ، فإذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف ، لوجوب مقتضيه ، وعدم المانع من استيفائه ، كما لو لم يسر ولو كان قطع اليد لم يسر إلى النفس ، فإنه تقطع يده أولا ، ثم يقتل ، وسواء

تقدم القطع أو تأخر ؟ وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : يقتل ولا يقطع ، لأنه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة فى القطع ، فأشبه ما لو كانا لواحد .

ولنـا : أنهما جنايتان على رجلين فلم يتداخلا كقطع يدى رجلين ، وما ذكره من القياس غير صحيح ، لأنه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ونحن نوافقه على هذا فى رواية ، فقد حصل الإجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل فى الأصل فكيف نقيس عليه ؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه ، فنقول : قطع وقتل فيستوفى منه مثل مافعل ، كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به ، ويثبت الحكم فى محل النزاع بطريق التنبيه ، فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد ، فحق الإثنين أولى ، ويبطل بهذا ماقاله من المعنى .

٦٦٩٠ فصـــــل

وإن قطع إصبعاً من يمين رجل ، ويميناً لآخر . وكان قطع الإصبع أسبق ، قطعت إصبعه قصاصاً ، وخير الآخر بين العفو إلى الدية وبين القصاص ، وأخذ دية الأصبع ، ذكره القاضى ، وهو اختيار ابن حامد ، ومذهب الشافعى ، لأنه وجد بعض حقه ، فكان له استيفاء الموجود ، وأخذ بدل المفقود ، كمن أتلف مثلياً لرجل فوجد بعض المثل .

وقال أبو بكر : يخير بين القصاص ولا شيء له معه ، وبين الدية هذا قياس قوله ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه لايجمع فى عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس ، وإن كان قطع اليد سابقاً على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الأصبع أرشها ، ويفارق هذا ما إذا قتل رجلا ، ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره ، لأن قطع اليد لايمنع التكافؤ فى النفس ، بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها ، وأن ديتهما واحدة ، ونقص الأصبع يمنع التكافؤ فى اليـد ، بدليل أنا لانأخذ الكاملة بالناقصة ، واختلاف ديتهما وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها إن اختار قطعها .

٦٦٩١ مســـــألة

قال : ﴿ وإن جرحه جرحاً يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتص منه ﴾ .

وجملة ذلك : أن القصاص يجرى فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن ، للنص والإجماع ، أما النص فقول الله تعالى : « وَالْجُرُوحَ قِصَاص »[1] . وروى أنس بن مالك : « أن الرُّبيع بنت النضر ابن أنس كسرت ثنية جارية ، فعرضوا عليهم الأرش فأبوا إلا القصاص ، فجاء أخوها أنس بن

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

النضر فقال : يارسول الله تكسر ثنية الربيع ؟ والذى بعثك بالحق لاتكسر ثنيتها . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : يا أنس كتاب الله القصاص . قال : فعفا القوم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » . متفق عليه وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن ، ولأن مادون النفس كالنفس فى الحاجة إلى حفظه بالقصاص ، فكان كالنفس فى وجوبه .

٦٦٩٣ فصل

ويشترط لوجوب القصاص فى الجروح ثلاثة أشياء :

أحدها : أن يكون عمداً محضاً ، فأما الخطأ فلا قصاص فيه إجماعاً ، ولأن الخطأ لايوجب القصاص فى النفس ، وهى الأصل ، ففيما دونها أولى ، ولا يجب بعمد الخطأ ، وهو أن يقصد ضربه بما لايفضى إلى ذلك غالباً ، مثل أن يضربه بحصاة لايوضح مثلها فتوضحه ، فلا يجب به القصاص ، لأنه شبه العمد ، ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض . وقال أبو بكر : يجب به القصاص ، ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية .

الثانى : التكافؤ بين الجارح والمجروح ، وهو أن يكون الجانى يقاد من المجنى عليه لو قتله ، كالحر المسلم مع الحر المسلم ، فأما من لايقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس له كالمسلم مع الكافر والحر مع العبد ، والأب مع ابنه ، لأنه لاتؤخذ نفسه بنفسه ، فلا يؤخذ طرفه بطرفه ، ولا يجرح بجرحه ، كالمسلم مع المستأمن .

الثالث : إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة لأن الله تعالى قال : « وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَاعُوقِبْتُمْ بِهِ »(١) وقال : « فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ »(٢) ولأن دم الجانى معصوم إلا فى قدر جنايته ، فما زاد عليها يبقى على العصمة ، فيحرم استيفاؤه بعد الجناية ، كتحريمه قبلها ، ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص ، لأنها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه ، وهذا لاخلاف فيه نعلمه .

وممن منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . ومنعه فى العظام عمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، والنخعى ، والزهرى ، والحكم ، وابن شبرمة ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى .

إذا ثبت هذا فإن الجرح الذى يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهى إلى عظم كالموضحة

---

(١) سورة النحل آية ١٢٦ (٢) سورة البقرة آية ١٩٤

فى الرأس والوجه ، ولا نعلم فى جواز القصاص فى الموضحة خلافاً ، وهى كل جرح ينتهى إلى العظم فى الرأس والوجه ، وذلك لأن الله تعالى نص على القصاص فى الجروح ، فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية ، وفى معنى الموضحة . كل جرح ينتهى إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه ، كالساعد ، والعضد ، والساق ، والفخذ ، فى قول أكثر أهل العلم . وهو منصوص الشافعى . وقال بعض أصحابه : لاقصاص فيها ، لأنه لايقدر فيها وليس بصحيح لقول الله تعالى : « والْجُرُوحَ قِصَاصٌ »[1] ولأنه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لانتهائها إلى عظم فهى كالموضحة والتقدير فى الموضحة ليس هو المقتضى للقصاص ولا عدمه مانعاً وإنما كان التقدير فى الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر مافوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه وكذلك الجائفة أرشها مقدر لاقصاص فيه .

٦٦٩٣ فصـــل

ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها لأن القتل إنما استوفى بالسيف لأنه آلته وليس ثمة شىء يخشى التعدى إليه فيجب أن يستوفى مادون النفس بآلته ويتوقى مايخشى منه الزيادة إلى محل لايجوز استيفاؤه ولأننا منعنا القصاص بالكلية فيما تخشى الزيادة فى استيفائه فلأن نمنع الآلة التى يخشى منها ذلك أولى فإن كان الجرح موضحة أو ماأشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفى ذلك إلا من له علم بذلك كالجرائحى ومن أشبهه فإن لم يمكن للولى علم بذلك أمر بالاستنابة ، وإن كان له علم فقال القاضى ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لأنه أحد نوعى القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لايمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الإمام أو من يستنيبه ولى الجناية وهذا مذهب الشافعى لأنه لايؤمن مع العداوة وقصد التشفى الحيف فى الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدعى الجانى الزيادة وينكرها المستوفى .

٦٦٩٤ فصـــل

وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فإن كان على موضعها شعر حلقه ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم منه طولها بخشبة أو خيط ، ويضعها على رأس الشاج ، ويعلم طرفيه بخط ، بسواد أو غيره ، ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة ، فيضعها فى أول الشجة ويجرها[2] إلى آخرها ويأخذ مثل الشجة طولا وعرضاً ، ولا يراعى العمق لأن حده العظم ، ولو روعى العمق لتعذر الاستيفاء ، لأن

(١) سورة المائدة آية ٤٥ (٢) فى ٣٩ : ويجررها .

الناس يختلفون فى قلة اللحم وكثرته ، وهذا كما يستوفى فى الطرف مثله ، وإن اختلفا فى الصغر والكبر والدقة والغلظ ، ويراعى الطول والعرض ، لأنه ممكن ، فإن كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة ، وإن كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت إن استوعب[1] رأس الشاج كله ، وهى بعض رأس المشجوج لأنه استوفاها بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجانى ، لأن الجميع رأسه .

وإن كان قدر الشجة يزيد على رأس الجانى فإنه يستوفى الشجة من جميع رأس الشاج ، ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته ، لأنه يقتص فى عضو آخر غير العضو الذى جنى عليه ، وكذلك لا ينزل إلى قفاه لما ذكرناه . ولا يستوفى بقية الشجة فى موضع آخر من رأسه ، لأنه يكون مستوفياً لموضحتين ، وواضعاً للحديدة فى غير الموضع الذى وضعها فيه الجانى . واختلف أصحابنا فماذا يصنع ؟ فذكر القاضى أن ظاهر كلام أبى بكر أنه لا أرش له فيما بقى كيلا يجتمع قصاص ودية فى جرح واحد ، وهذا مذهب أبى حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء فى جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو إلى دية موضحة وقال أبو عبد الله بن حامد وبعض أصحابنا له أرش ما بقى وهو مذهب الشافعى ، لأنه تعذر القصاص فيما جنى عليه ، فكان له أرشه كما لو تعذر فى الجميع .

فعلى هذا تقدر شجة الجانى من الشجة فى رأس المجنى عليه ، ويستوفى أرش الباقى ، فإن كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة وإن زادت أو نقصت من هذا فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كامله لئلا يفضى إلى إيجاب القصاص ودية موضحة فى موضحة واحدة فإن أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحته من أى الطرفين شاء لأنه جنى عليه فى ذلك الموضع كله وإذا استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص فى ذلك القدر ، فإذا اندملت موضحته استوفى منه القصاص فى موضع الاندمال ، لأنه موضع الجناية وإن ادعى الخطأ فالقول قوله ، لأنه محتمل ، وهو أعلم بقصده ، وعليه أرش موضحة ، فإن قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدواناً لم يجب فيها إلا دية موضحة ؟ قلنا : لأن المستوفى لم يكن جناية ، إنما الجناية الزائد ، والزائد لو انفرد لكان موضحة ، فكذلك إذا كان معه ماليس بجناية بخلاف ما إذا كانت كلها عدواناً فإن الجميع جناية واحدة .

٦٦٩٥ فصل

وإذا أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فأحب أن يستوفى القصاص بعضه من مقدم الرأس

---

(١) فى ١٨ : وإن استوعب .

وبعضه من مؤخره . احتمل أن يمنع منه ، لأنه يأخذ موضحتين بواحده وديتهما مختلفة . واحتمل الجواز ، لأنه لايجاوز موقع الجناية ولا قدرها إلا أن يقول أهل الخبرة إن فى ذلك زيادة ضرر أوشين ، فلا يفعل ولأصحاب الشافعى [قولان] كهذين فإن كان رأس المجنى عليه أكبر فأوضحه الجانى فى مقدمه ومؤخره موضحتين ، قدرهما جميع رأس الجانى ، فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة فى جميع رأسه ، أو يوضحه موضحتين يقتصر فى كل واحدة منهما على قدر . موضحته ، ولا أرش لذلك وجهاً واحداً ، لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه . وإن عفا إلى الأرش فله أرش موضحتين . وإن شاء اقتص من أحدهما وأخذ دية الأخرى .

٦٦٩٦ فصـــل

وإذا كانت الجناية فى غير الرأس والوجه فكانت فى ساعد فزادت على ساعد الجانى لم ينزل إلى الكف ولم يصعد إلى العضد وإن كانت فى الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ لأنه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس .

٦٦٩٧ فصـــل

وإذا شج[1] فى مقدم رأسه أو مؤخره عرضاً شجة لايتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فأراد أن يستوفى من وسط الرأس فيما بين الأذنين لكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان . أحدهما : لايجوز . لأنه غير الموضع الذى شجه فلم يجز له الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل شجته ، واحتمل أن يجوز ، لأن الرأس عضو واحد ، فإذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره ، كما لو شجه فى مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج ، جاز إتمام استيفائها فى مؤخر رأس الجانى . وهذا منصوص الشافعى . وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح فى موضع من الساق والقدم والذراع والعضد . وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهاً واحداً .

٦٦٩٨ مســـألة

قال : ﴿ وكذلك إذا قطع منه طرفاً من مفصل ، قطع منه مثل ذلك المفصل ، إذا كان الجانى يقاد من المجنى عليه لو قتله ﴾ .

أجمع أهل العلم على جريان القصاص فى الأطراف ، وقد ثبت ذلك بقوله تعالى : « وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ

---

(١) فى ١١ : وإذا شجه .

وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالجُرُوحَ قِصَاص »[1] وبخبر الرُّبيع بنت النضر بن أنس ، ويشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة :

أحدها : أن يكون عمداً على ماأسلفناه .

والثانى : أن يكون المجنى عليه مكافئاً للجانى ، بحيث يقاد به لو قتله .

والثالث : أن يكون الطرف مساوياً[2] للطرف ، ولا يؤخذ صحيح بأشل ، ولا كاملة الأصابع بناقصة ، ولا أصلية بزائدة . ولا يشترط التساوى فى الدقة والغلظ ؟ والصغر والكبر والصحة والمرض ، لأن اعتبار ذلك يفضى إلى سقوط القصاص بالكلية .

والرابع : الاشتراك فى الإسم الخاص ، فلا تؤخذ يمين بيسار ، ولا يسار بيمين ، ولا أصبع بمخالفة لها ، ولا جفن أو شفة إلا بمثلها .

والخامس : إمكان الاستيفاء من غير حيف ، وهو أن يكون القطع من مفصل ، فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه . وقد روى نمر[3] بن جابر عن أبيه أن رجلا ضرب على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبى صلى الله عليه وسلم فأمر له بالدية ، فقال : إنى أريد القصاص فقال : « خذ الدية ، بارك الله لك فيها » . ولم يقض له بالقصاص . رواه ابن ماجه .

٦٦٩٩ فصل

وفى قطع اليد ثمان مسائل :

أحدها : قطع الأصابع من مفاصلها ، فالقصاص واجب ، لأن لها مفاصل ، ويمكن القصاص من غير حيف ، وإن اختار الدية فله نصفها ، لأن فى كل أصبع عشر الدية .

الثانية : قطعها من نصف الكف ، فليس له القصاص من موضع القطع ، لأنه ليس بمفصل ، فلا يؤمن الحيف فيه . وإن أراد قطع الأصابع ففيه وجهان : أحدهما : ليس له ذلك ، وهذا اختيار أبى بكر ، لأنه يقتص من غير موضع الجناية ، فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضى . أو وجود مانع ، وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف . والثانى : له قطع الأصابع ، ذكره أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه ، فأشبه مالو شجه هاشمة فاستوفى موضحة .

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .
(٢) فى المطبوعة : متساوياً . وما فى ١٨ أوضح .
(٣) فى نسخ المغنى (نمر بن جابر) والصواب (نمران بن جارية) كما فى سنن ابن ماجة ج٢ ص١٤٠ .

ويفارق ما إذا قطع من الـكوع ، لأنه أمكنه استيفاء حقه ، فلم يجز له العدول إلى غيره . وهل له حكومة فى نصف الـكف ؟ فيه وجهان : أحدهما : ليس له ذلك ، لأنه يجمع بين القصاص والأرش فى عضو واحد ، فلم يجز كما لو قطع من الـكوع . والثانى : له أرش نصف الـكف ، لأنه حق له تعذر استيفاؤه ، فوجب أرشه كسائر ما هـذا حاله . وإن اختار الدية فله نصفها ، لأن قطع اليد من الـكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية ، فما دونه أولى .

الثالثة : قطع من الـكوع فله قطع يده من الـكوع لأنه مفصل ، وليس له قطع الأصابع ، لأنه غير محل الجناية ، فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها .

الرابعة : قطع من نصف الذراع ، فليس له أن يقطع من ذلك الموضع ، لأنه ليس بمفصل . وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة فى المقطوع من الذراع ، وهل له أن يقطع من الـكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا . فيمن قطع من نصف الـكف ومن جوز له القطع من الـكوع فعنده فى وجوب الحـكومة لما قطع من الذراع وجهان ، ويخرج أيضاً فى جواز قطع الأصابع وجهان ، فإن قطع منها لم يكن له حكومة فى الـكف ، لأنه أمكنه أخذه قصاصاً ، فلم يـكن له طلب أرشه ، كما لو كانت الجناية من الـكوع .

الخامسة : قطع من المرفق ، فله القصاص منه ، لأنه مفصل ، وليس له القطع من الـكوع ، لأنه أمكنه استيفاء حقه بكماله ، والاقتصاص من محل الجناية عليه ، فلم يجز له العدول إلى غيره ، وإن عفا إلى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد .

السادسة : قطعها من العضد ، فلا قصاص فيها فى أحد الوجهين ، وله دية اليد وحكومة للساعد ، وبعض العضد والثانى له القصاص من المرفق ، وهل له حكومة فى الزائد ؟ على وجهين ، وهل له القطع من الـكوع ؟ يحتمل وجهين .

السابعة : قطع من المنـكب ، فالواجب القصاص ، لأنه مفصل ، وإن اختار الدية فله دية اليد ، وحكومة لما زاد .

الثامنة : خلع عظم المنـكب ، ويقال له مُشط الـكف ، فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة فإن قالوا يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفى وإلا صار الأمر إلى الدية ، وفى جواز الاستيفاء من المرفق أو مادونه مثل ماذكرنا فى نظائره ، ومثل هذه المسائل فى الرجل ، والساق كالذراع ، والفخذ كالعضد ، والورك كعظم الـكتف ، والقدم كالـكف .

٦٧٠٠ مسألة

قال ﴿ وليس فى المأمومة ولا فى الجائفة قصاص ﴾ .

المأمومة شجاج الرأس . وهى التى تصل إلى جلدة الدماغ ، وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ ، لأنها تجمعه ، فالشجة الواصلة إليها تسمى : مأمومة ، وآمة ، لوصولها إلى أم الدماغ ، والجائفة فى البدن ، وهى التى تصل إلى الجوف ، وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ماروى عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا ماسمعنا أحداً قص منها قبل ابن الزبير ، وممن لم ير فى ذلك قصاصاً مالك والشافعى وأصحاب الرأى وروى عن على رضى الله عنه لاقصاص فى المأمومة وقاله مكحول والزهرى والشعبى ، وقال عطاء والنخعى لاقصاص فى الجائفة .

وروى ابن ماجه فى سننه عن العباس بن عبد المطلب ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَقَوَدَ فى الْمَأْمُومَةِ . ولا فى الْجَائِفَةِ ، ولا الْمُنَقِّلَةِ »[1] ، ولأنهما جرحان لاتؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام .

٦٧٠١ فصل

وليس فى شىء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة وسواء فى ذلك مادون الموضحة كالحارصة والبازلة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق وما فوقها ، وهى الهاشمة والمنقلة والآمة وبهذا قال الشافعى . فأما مافوق الموضحة فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص ، إلا ماروى عن ابن الزبير : أنه أقاد من المنقلة ، وليس بثابت عنه ، وممن قال به عطاء ، وقتادة ، وابن شبرمة ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : لاأعلم أحداً خالف ذلك : ولأنهما جراحتان لاتؤمن الزيادة فيهما ، أشبها المأمومة والجائفة : وأما مادون الموضحة . فقد روى عن مالك ، وأصحاب الرأى : أن القصاص يجب فى الدامية ، والباضعة ، والسمحاق .

ولنا : أنها جراحة لاتنتهى إلى عظم ، فلم يجب فيها قصاص كالمأمومة ، ولأنه لايؤمن فيها الزيادة ، فأشبه كسر العظام . وبيان ذلك : أنه إن اقتص من غير تقدير أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه ، وإن اعتبر مقدار العمق أفضى إلى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ، ومن الباضعة سمحاقاً ، لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً ، بحيث يكون عمق باضعته كموضحة الشاج ، أو سمحاقه ، ولأننا لم نعتبر فى الموضحة قدر عمقها فكذلك فى غيرها وبهذا قال الحسن وأبو عبيد .

---

(١) أخرجه ابن ماجة ج ٢ ص ١٤١ (والمنقلة) التى تنقل العظم وإنما انتفى القصاص لعسر ضبطه .

٦٧٠٢ فصـــــل

وإن كانت الشجة فوق الموضحة فأَحَبَّ أن يقتص موضحة جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا وهو مذهب الشافعي ، لأنه يقتص على بعض حقه ، ويقتص من محل جنايته فإنه إنما يضع السكين في موضع وضعها الجاني لأن سكين الجاني وصلت إلى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد ، فإنه لم يضع سكينه في الكوع ، وهل له أرش مازاد على الموضحة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر ، لأنه جرح واحد ، فلا يجمع فيه بين قصاص ودية ، كما لو قطع الشلاء بالصحيحة ، وكما في الأنفس إذا قتل المسلم بالكافر ، والعبد بالحر .

والثاني : له أرش مازاد على الموضحة ، اختاره ابن حامد ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه تعذر القصاص فيه ، فانتقل إلى البدل ، كما لو قطع أصبعيه ، ولم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة ، وفارق الشلاء بالصحيحة ، لأن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسألتنا .

٦٧٠٣ مســـــألة

قال : ﴿ وتقطع الأذن بالأذن ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن وذلك لقول الله تعالى : « وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ »[1] ولأنها تنتهي إلى حد فاصل ، فأشبهت اليد ، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة ، وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع ، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما لتساويهما ، فإن ذهاب السمع نقص في الرأس ، لأنه محله ، وليس بنقص فيهما . وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة ، لأن الثقب ليس بعيب ، وإنما يفعل في العادة للقرط والتزين به ، فإن كان الثقب في غير محله ، أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ، ولم تؤخذ الصحيحة بها ، لأن الثقب إذا انخزم صار نقصاً فيها ، والثقب في غير محله عيب ، ويخير المجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص[2] وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ويتركه من أذن الجاني ، وفي وجوب الحكومة له في قدر الثقب وجهان . وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني ، وتقدير ذلك بالأجزاء ، فيؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث ، وعلى حساب ذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لايجزئ القصاص في البعض ، لأنه لاينتهي إلى حد .

ولنا : أنه يمكن تقدير المقطوع ، وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص في بعضها كالذكر وبهذا ينتقض ماذكره .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ (٢) في ٣٩ : دون قدر النقص .

٦٧٠٤ فصل

وتؤخذ الأذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ الصحيحة بها ؟ فيه وجهان . أحدهما : لاتؤخذ بها لأنها ناقصة معيبة ، فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الأعضاء . والثانى : تؤخذ بها لأن المقصود منها جمع الصوت ، وحفظ محل السمع والجمال ، وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء .

٦٧٠٥ فصل

وإن قطع أذنه فأبانها ، فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت ، فقال القاضى : يجب القصاص ، وهو قول الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، لأنه وجب بالإبانة[1] وقد وجدت الإبانة ، وقال أبو بكر لاقصاص فيها وهو قول مالك لأنها لم تبن[2] على الدوام فلم يستحق إبانة أذن الجانى دواماً ، وإن سقطت بعد ذلك قريباً أو بعيداً فله القصاص ، ويرد ماأخذ ، وعلى قول أبى بكر إذا لم تسقط له دية الأذن . وهو قول أصحاب الرأى ، وكذلك قول الأولين إذا اختار الدية ، وقال مالك ، لاعقل لها إذا عادت مكانها ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ، ولا قصاص فيه وإن قطع أذن إنسان فاستوفى منه ، فألصق الجانى أذنه فالتصقت ، وطلب المجنى عليه إبانتها لم يكن له ذلك ، لأن الإبانة قد حصلت ، والقصاص قد استوفى ، فلم يبق له قبَله حق ، فأما إن كان المجنى عليه لم يقطع جميع الأذن إنما قطع بعضها فالتصق كان للمجنى عليه قطع جميعها ، لأنه استحق إبانة جميعها ، ولم يكن أبانه[3] ، والحكم فى السن كالحكم فى الأذن .

٦٧٠٦ فصل

ومن ألصق أذنه بعد إبانتها أو سِنَّهُ فهل تلزمه إبانتها ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الآدمى ، هل هو نجس أو طاهر ؟ إن قلنا : هو نجس لزمته إزالتها مالم يخف الضرر بإزالتها ، كما لو جبر عظمه بعظم نجس ، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها ، وهذا اختيار أبى بكر ، وقول عطاء بن أبى رباح ، وعطاء الخراسانى ، وهو الصحيح ، لأنه جزء آدمى طاهر فى حياته وموته ، فكان طاهراً كحالة اتصاله ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه إبانتها ، لأنها طاهرة على الروايتين جميعاً ، لأنها لم تصر ميتة لعدم إبانتها ، ولاقصاص فيها . قاله القاضى ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه لا يمكن المماثلة فى المقطوع منها .

(١) فى المطبوعة : بالانه . تحريف . (٢) فى المطبوعة : لم تبين . خطأ .
(٣) فى المطبوعة : ولم يكن إبانه خطأ .

٦٧٠٧ مســـألة

وقال : ﴿ والأنف بالأنف ﴾ .

وأجمعوا على جريان القصاص في الأنف أيضاً للآية والمعنى ، ويؤخذ الكبير بالصغير ، والأقنى بالأفطس ، وأنف الأشم بأنف الأخشم ، الذي لا يشم ، لأن ذلك لعلة في الدماغ والأنف صحيح ، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وإن كان بأنفه جذام أخذ به الأنف الصحيح مالم يسقط منه شيء ، لأن ذلك مرض ، فإن سقط منه شيء لم يقطع به الصحيح ، إلا أن يكون من أحد جانبيه ، فيأخذ من الصحيح مثل ما بقي منه ، أو يأخذ أرش ذلك . والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن ، وهو مالان منه دون قصبة الأنف ، لأن ذلك حد ينتهي إليه ، فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع ، وإن قطع الأنف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة ، هذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعي ، وفيه وجه آخر : أنه لا يجب مع القصاص حكومة ، كيلا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية ، وقياس قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص ههنا ، لأنه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه ، فلم يملك ذلك ، كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف .

وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر ، وفي نظائره مثل قول ابن حامد ، ولا يصح التفريق مع التساوي وإن قطع بعض الأنف ، قدر بالأجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا في الأذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي إلى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجني عليه لكبره ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن ، والأيسر بالأيسر ، ولا يؤخذ أيمن بأيسر ، ولا أيسر بأيمن ، ويؤخذ الحاجز بالحاجز ، لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى حد .

٦٧٠٨ مســـألة

قال : ﴿ والذكر بالذكر ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن القصاص يجري في الذكر لقوله تعالى : « وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ »[1] ولأن له حداً ينتهي إليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ، ويستوي في ذلك ذكر الصغير والكبير ، والشيخ والشاب ، والذكر الكبير والصغير ، والصحيح والمريض ، لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعاني ، كذلك الذكر . ويؤخذ كل واحد من المختون والأغلف بصاحبه ، لأن القلفة زيادة تستحق إزالتها ، فهي كالمعدومة .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

وأما ذكر الخصي والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما ، وهو قول مالك لأنه لا منفعة فيهما ، لأن العنين لا يطأ ولا ينزل ، والخصي لا يولد له ولا ينزل ، ولا يكاد يقدر على الوطء ، فهما كالأشل ، ولأن كل واحد منهما ناقص ، فلا يؤخذ به الكامل ، كاليد الناقصة بالكاملة . وقال أبو الخطاب : يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين ، وهو مذهب الشافعي ، لأنهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان ، فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين ، وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصية ، والعنة لعلة في الظهر ، فلم يمنع ذلك من القصاص بهما ، كأذن الأصم وأنف الأخشم . وقال القاضي : لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصي ، لتحقق نقصه والإياس من برئه ، وفي أخذه بذكر العنين وجهان :

أحدهما : يؤخذ به غيره ، لأنه غير مأيوس[1] من زوال عنته ، ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصي ، والصحيح الأول ، فإذا ترددت الحال بين كونه مساوياً للآخر وعدمه لم يجب القصاص ، لأن الأصل عدمه ، فلا يجب بالشك ، سيما وقد حكمنا بإنتفاء التساوي ، لقيام الدليل على عنته ، وثبوت عيبه ، ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما ، كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي .

٦٧٠٩ فصل

ويؤخذ بعضه ببعضه ، ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة ، فيؤخذ النصف بالنصف ، والربع بالربع ، وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ماذكرناه في الأنف والأذن .

٦٧١٠ مسألة

قال : ﴿ والأنثيان بالأنثيين ﴾ .

ويجري القصاص في الأنثيين لما ذكرنا من النص والمعنى ، لا نعلم فيه خلافاً فإن قطع إحداهما ، وقال أهل الخبرة : إنه ممكن[2] أخذها مع سلامة الأخرى جاز ، فإن قالوا : لا يؤمن تلف الأخرى لم تؤخذ ، خشية الحيف ، ويكون فيها نصف الدية ، وإن أمن تلف الأخرى أخذت اليمنى باليمنى ، واليسرى باليسرى ، لما ذكرناه في غيرهما .

٦٧١١ فصل

وفي القصاص في شفري المرأة وجهان :

(١) في ١٨ : ميئوس .
(٢) في ١٩ : يمكن قطعها .

أحدهما : لاقصاص فيهما لأنه لحم لامفصل له ينتهى إليه ، فلم يجب فيه قصاص كلحم الفخذين ، هذا قول القاضي .

والثاني : فيهما القصاص ، لأن انتهاءهما معروف ، فأشبها الشفتين ، وجفنى العين وهذا قول أبي الخطاب : ولأصحاب الشافعي وجهان[1] كهذين .

٦٧١٢ فصـــل

وإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه فاختار القصاص لم يكن له قصاص في الحال ويقف الأمر حتى يتبين حاله لأننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي . وإن اختار الدية وكان يرجى انكشاف حاله أعطيناه اليقين ، فيكون له حكومة في المقطوع ، وإن كان قد قطع جميعها فله دية امرأة في الشفرين وحكومة في الذكر والأنثيين ، وإن يئس من انكشاف حاله أعطى نصف دية الذكر ، والأنثيين ، ونصف دية الشفرين ، وحكومة في نصف ذلك كله .

٦٧١٣ فصـــل

يجب القصاص في الأليتين الناتئتين بين الفخذين والظهر بجانبي الدبر ، هذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال المزني : لاقصاص فيهما ، لأنهما لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ .

ولنا قوله تعالى : « وَالْجُرُوحُ قِصَاص »[2] ولأن لهما حداً ينتهيان إليه ، فجرى القصاص فيهما كالذكر والأنثيين .

٦٧١٤ مســـألة

قال : ﴿ وتقلع العين بالعين ﴾ .

أجمع أهل العلم على القصاص في العين وممن بلغنا قوله في ذلك مسروق والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وروى عن علي رضي الله عنه والأصل فيه قول الله تعالى : « وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ »[3] ولأنها تنتهي إلى مفصل ، فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير المريضة وعين الصغير بعين الكبير والأعمش ولا تؤخذ صحيحة بقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه .

---

(١) في ٣٩ : قولان .
(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .
(٣) سورة المائدة آية ٤٥ .

٦٧١٥ فصـــــل

فإن قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه ، لأنه لا يمكن المماثلة فيه ، وإن لطمه فذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة ، لأن المماثلة فيها غير ممكنة . ولهذا لو انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ، ويجب القصاص فى البصر ، فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه ، كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابياً قدم بحلوبة له إلى المدينة ، فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضى الله عنه ، فنازعه ، فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى ، فرفعهما إلى على رضى الله عنه ، فدعا على بمرآة فأحماها ، ثم وضع القطن على عينه الأخرى ، ثم أخذ المرآة بكلبتين ، فأدناها من عينه حتى سال إنسان عينه . وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجنى على الحدقة جاز ، وإن لم يمكن إلا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المماثلة .

وذكر القاضى أنه يقتص منه باللطمة ، فيلطمه المجنى عليه مثل لطمته ، فإن ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهبه بما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعى ، وهذا لا يصح فإن اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها[1] إذا سرت إلى العين كالشجة إن كانت دون الموضحة ، ولأن اللطمة إذا لم تكن فى العين لا يقتص منها بمثلها مع الأمن من إفساد العضو فى العين فمع خوف ذلك أولى ، ولأنه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة كالموضحة . وقال القاضى : لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالباً فإن كانت لا تذهب به غالباً فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه ، وهو قول الشافعى ، لأنه فعل لا يفضى إلى الفوات غالباً فلم يجب به القصاص كشبه العمد فى النفس . وقال أبو بكر : يجب القصاص بكل حال ، لعموم قوله : « وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ »[2] ولأن اللطمة إذا أسالت إنسان العين كانت بمنزلة الجرح ، ولا يعتبر فى الجرح الإفضاء إلى التلف غالباً .

٦٧١٦ فصـــــل

فلو لطم عينه فذهب بصرها وابيضت وشخصت . فإن أمكن معالجة عين الجانى حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل ذلك : وإن لم يمكن إلا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذى لم يمكن القصاص فيه ، كما لو جرح هاشمة ، فإنه يقتص موضحة ، ويأخذ أرش باقى جرحه ، وعلى قول أبى بكر : لا يستحق مع القصاص أرش . وقال القاضى : إذا اقتص منه يعنى لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشخص ، فإن أمكن

---

(١) ٣٩ : لا يقتص بها فى الفقرة السابقة كلها .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله ، وإن تعذر ذلك فلا شيء عليه ، كما لو اندملت موضحة المجنى عليه وحشة قبيحة ، وموضحة الجانى حسنة جميلة : لم يجب شيء ، كذلك ههنا . وهذا بناء على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة ، وقد بينا فساد هذا .

٦٧١٧ فصـــــل

وإن شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف نعلمه لأنها لاقصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين ، فكذلك إذا ذهب ، ويعالج ضوء العين بمثل ماذكرنا فى اللطمة وإن كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة ، وهل له أرش الزيادة عليها ؟ فيه وجهان . وإن ذهب ضوء العين وإلا استعمل فيه مايزيله من غير أن يجنى على الحدقة ، وإن شجه موضحة فله أن يقتص منها ، وحكم القصاص فى البصر على ماذكرنا من قبل . واختلف أصحاب الشافعى فى القصاص فى البصر فى هذه المواضع كلها ، فقال بعضهم : لاقصاص فيه ، لأنه لايجب بالسراية كما لو قطع أصبعه فسرى القطع إلى التى تليها فأذهبها عندهم ، وقال بعضهم : يجب القصاص ههنا قولاً واحداً ، لأن ضوء العين لاتمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر كما ذكرنا فيما قبل هذا .

٦٧١٨ فصـــــل

إذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود ، وعليه دية كاملة ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان رضى الله عنهما ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء . وقال الحسن والنخعى : إن شاء اقتص وأعطاه نصف دية . وقال مالك : إن شاء اقتص ، وإن شاء أخذ دية كاملة .

وقال مسروق ، والشعبى ، وابن سيرين ، وابن مغفل ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : له القصاص ، ولا شيء عليه ، وإن عفا فله نصف الدية ، لقول الله تعالى : «العين بالعين»(١) وجعل النبى صلى الله عليه وسلم فى العينين الدية ، ولأنها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص ممن له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان .

ولنا : قول عمر وعثمان رضى الله عنهما ، ولم نعرف لهما مخالفاً فى عصرهما ولأنه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين . وأما إذا قطع يد الأقطع فلنا فيه منع ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لاتقوم مقام اليدين فى النفع الحاصل بهما ، بخلاف عين الأعور ، فإن النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت فى الأعور مثله . ولهذا صح عتقه فى الكفارة دون الأقطع . فأما وجوب الدية كاملة عليه وهو قول مالك فلأنه لما دفع عنه القصاص

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

مع إمكانه افضيلته ضوعفت الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذمياً عمداً . ولو قلع الأعور إحدى عيني الصحيح خطأً لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضي لتضعيف الدية .

٦٧١٩ فصـــــل

ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين في كونها يميناً أو يساراً . وإن عفا إلى الدية فله جميعها وكذلك إن قلعها خطأً أو عفا بعض مستحقي القصاص لأنه ذهب بجميع بصره فأشبه مالو قلع عيني صحيح .

٦٧٢٠ فصـــــل

وإن قلع الأعور عيني صحيح فقال القاضي : هو مخير إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره فإن اختار الدية فله دية واحدة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « وفي العينين الدية »[1] لأنه لم يتعذر القصاص فلم تتضاعف الدية كما لو قطع الأشـل يد صحيح أو كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص . وقال القاضي : يقتضي الفقه أن يلزمه ديتان :

إحداهما : للعين التي تقابل عينه .

والدية الثانية : لأجل العين الفائتة لأنها عين أعور والصحيح ماقلنا وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح في المعنى .

٦٧٢١ فصـــــل

وإن قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ، ويأخذ نصف الدية . نص عليه أحمـد ، لأنه ذهب بجميع بصره ، وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة ، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة ، ولا أخذ يمين بيسرى فوجب الرجوع ببدل نصف الضوء ويحتمل أنه ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كالو قطع الأشل يداً صحيحة ولأن الزيادة هاهنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى : (والعين بالعين)[2] .

٦٧٢٢ فصـــــل

وإن قطع الأقطـع يد من له يدان فله القصاص . وإن قطعت رجل الأقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية لأن يد الأقطع لاتقوم مقـام يديه في الانتفاع والبطش ، ولا يجزىء في العتق عن الـكفارة

(١) أخرجه النسائي ج ٢ ص ٥٨ عن عمرو بن حزم (ف)

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

بخلاف عين الأعور ، فإنها تقوم مقام عينيـه جميعاً . وقال القاضى : إن كانت المقطوعة أولا قطعت ظلماً أو قصاصاً ففى الباقية نصف الدية رواية واحدة وإن كانت الأولى قطعت فى سبيل الله ففى الثانية روايتان :

إحداها : نصف الدية . والثانية دية كاملة لأنه عطل منافعه من العضوين جملة . وأما إن قطع الأقطع يد من ليس بأقطع فإن قلنا إن فى يد الأقطع دية كامله فلا قصاص . وإن قلنا لا تكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ماذكرناه أولا والتعليل بتفويت منفعة العضوين ينتقض بما إذ قطعت الأولى قصاصاً ، والقياس على عين الأعور غـير صحيح[1] لما بينهما من الفرق فأما إن قطعت أذن من قطعت إحدى أذنيه فليس له إلا نصف الدية رواية واحدة . وإن قطع هو أذن ذى أذنين وجب عليه القصاص بغير خلاف علمناه لا فى المذهب ، ولا فى غيره لأن نفع كل أذن لا يتعلق بالأخرى .

٦٧٢٣ فصـــــل

ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى : (والْجُرُوحَ قِصَاصٌ)[1] ولأنه يمكن القصاص فيـه لانتهائه إلى مفصل وهذا مذهب الشافعى ، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرير وجفن الضرير بكل واحـد منهما لأنهما تساويا فى السلامة من النقص . عدم البصر نقص فى غيره لأنه يمنع أخذ أحدهما بالآخر كالأذن إذا عدم السمع منها .

٦٧٢٤ مســـــألة

قال : ﴿ والسن بالسن ﴾[2] .

أجمع أهل العلم على القصاص فى السن للآية وحديث الربيع ولأن القصاص فيها ممكن لأنها محدودة فى نفسها : فوجب فيهـا القصاص كالعين ، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة ، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة لأنه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصاص أرش الباقى ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى .

٦٧٢٥ فصـــــل

ولا يقتص إلا من سن من أثغر أى سقطت رواضعه ثم نبتت ، يقال لمن سقطت رواضعه ثغر فهو مثغور ، فإذا نبتت قيل أثغر واتغر لغتان ، وإن قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجانى فى الحال . وهذا قول مالك والشافعى ، وأصحاب الرأى لأنهـا تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر ، ثم إن عاد بدل

---

(١) فى ٢٩ : لا يصح .
(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

السن فى محلها مثلها على صفتها فلا شىء على الجانى ، كما لو قلع شعرة ثم نبتت ، وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليه حكومة ، لأنها لو لم تعد ضمن السن . فإذا عادت ناقصة ضمن مانقص منها بالحساب ففى ثلثها ثلث ديتها ، وفى ربعها ربعها وعلى هذا .

وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة لأنه نقص حصل بفعله ، وإن مضى زمن عودها ، ولم تعد سئل أهل العلم بالطب ، فإن قالوا قد يئس من عودها ، فالمجنى عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن ، فإن مات المجنى عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص لأن الاستحقاق له غير متحقق ، فيكون ذلك شبهة فى درئه وتجب الدية ، لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه .

ويحتمل أنه إذا مات قبل مجىء وقت عودها أن لا يجب شىء ، لأن العادة عودها ، فأشبه مالو حلق شعره فمات قبل نباته ، فأما إن قلع سن من قد أثغر وجب القصاص له فى الحال ، لأن الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : يسأل أهل الخبرة ، فإن قالوا لاتعود فله القصاص فى الحال ، وإن قالوا يرجى عودها إلى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتى ذلك الوقت ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، لأنها تحتمل العود ، فأشبهت سن من لم يثغر .

وإذا ثبت هذا : فإنها إن لم تعد بعد فلا كلام ، وإن عادت لم يجب قصاص ولا دية . وهذا قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : لايسقط الأرش ، لأن هذه السن لاتستخلف عادة فإذا عادت كانت هبة مجددة ، ولذلك لاينتظر عودها فى الضمان .

ولنا : أنها سن عادت فسقط الأرش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لايمنع ثبوت حكمها إذا وجدت فعلى هذا إن كان أخذ الأرش رده وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصاً ، لأنه لم يقصد العدوان وإن عادت سن الجانى دون سن المجنى عليه ففيه وجهان :

أحدهما : لايقلع لئلا يأخذ سنين بسن واحدة ، وإنما قال الله تعالى : (وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ)[1] .

والثانى : تقلع وإن عادت مرات لأنه قلع سنه وأعدمها فكان له إعدام سنه ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

٦٧٢٦ فصــــل

وإن قلع سناً فاقتص منه ثم عادت سن المجنى عليه فقلعها الجانى ثانية فلا شىء عليه ، لأن سن المجنى عليه لما عادت وجب للجانى عليه دية سنه ، فلما قلعها وجب على الجانى ديتها للمجنى عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

٦٧٢٧ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كسر بعضها بُرِدَ من سِنِّ الجانى مِثْله ﴾ .

وجملته : أن القصاص جار فى بعض السن ، لأن الرُّبَيِّعَ كسرت سن جارية فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالقصاص ، ولأن ماجرى القصاص فى جملته جرى فى بعضه إذا أمكن كالأذن ، فيقدر ذلك بالأجزاء فيؤخذ النصف بالنصف ، والثلث بالثلث ، وكل جزء بمثله ، ولا يؤخذ ذلك بالمساحة كيلا يفضى إلى أخذ جميع سن الجانى ببعض سن المجنى عليه ، ويكون القصاص بالمِبْرَدِ ليؤمن أخذ الزيادة فإنا لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن تنصدع أو تنقلع أو تنكسر من غير موضع القصاص ، ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها ، لأن توهم الزيادة يمنع القصاص فى الأعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل ، فإن قيل فقد أجزتم القصاص فى الأطراف مع توهم سرايتها إلى النفس ، فلم منعتم منه لتوهم السراية إلى بعض العضو ؟ قلنا : وهم السراية إلى النفس لاسبيل إلى التحرز منه ، فلو اعتبرناه فى المنع لسقط القصاص فى الأطراف بالكلية فسقط اعتباره .

أما السراية إلى بعض العضو فتارة نقول إنما منع القصاص فيها احتمال الزيادة فى الفعل لافى السراية مثل من يستوفى بعض الذراع ، فإنه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به ، وكذلك من كسر سناً ، ولم يصدعها فكسر المستوفى سنه وصدعها ، أو قلعها ، أو كسر أكثر مما كسر ، فقد زاد على المثل ، والقصاص يعتمد المماثلة ، وتارة نقول إن السراية فى بعض العضو إنما منع إذا كانت ظاهرة ، ومثل هذا يمنع فى النفس ، ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالّة أو مسمومة ، وفى وقت إفراط الحرارة أو البرودة تحرزاً من السراية .

٦٧٢٨ فصـــــل

ومن قلع سناً زائدة ، وهى التى تنبت فضلة فى غير سمت الأسنان خارجة عنها إما إلى داخل الفم ، وإما إلى الشفة ، وكانت للجانى مثلها فى موضعها فللمجنى عليه القصاص أو أخذ حكومة فى سنه ، وإن لم يكن له مثلها فى محلها[1] فليس للمجنى عليه إلا الحكومة ، وان كانت احدى الزائدتين أكبر من الأخرى ففيه وجهان :

أحدهما : لاتؤخذ الكبرى بالصغرى لأن الحكومة فيها أكبر فلا يقلع بها ماهو أقل قيمة منها .

والثانى : تؤخذ بها ، لأنهما سنان متساويان فى الموضع ، فتؤخذ كل واحدة منهما بالأخرى

(١) فى ١٨ : فى مكانها .

كالأصليتين ، ولأنّ قول الله تعالى : (وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ)[1] عام فيدخل فيه محل النزاع . وان قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص ، واختلاف القيمة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر والأنثى في النفس والأطراف ، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمتها ، فإن السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيوب زيادة في النقص لا في القيمة ، ولأنّ كبر السن الأصلية يزيد قيمتها فالزائدة كذلك .

٦٧٢٩ فصـــل

ويؤخذ اللسان باللسان ، لقوله تعالى : « والجُرُوحَ قِصَاصٌ »[1] ولأن له حداً ينتهي إليه فاقتص منه كالعين ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس ، لأنه أفضل منه ، ويؤخذ الأخرس بالناطق ، لأنه بعض حقه ، ويؤخذ بعض اللسان ببعض ، لأنه أمكن القصاص في جميعه ، فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ، ويؤخذ منه بالحساب .

٦٧٣٠ فصـــل

وتؤخذ الشفة بالشفة وهي ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلا لقول الله تعالى: « والجُرُوحَ قِصَاصٌ »[2] ولأن له حداً ينتهي إليه يمكن القصاص منه ، فوجب كاليدين .

٦٧٣١ مســـألة

قال : (ولا تؤخذ يمين بيسار ، ولا يسار بيمين) .

هذا قول أكثر أهل العلم . منهم مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وحكي عن ابن سيرين ، وشريك : أن إحداهما تؤخذ بالأخرى ، لأنهما يستويان في الخلقة والمنفعة .

ولنا : أن كل واحدة منهما تختص باسم ، فلا تؤخذ إحداهما بالأخرى كاليد مع الرجل . فعلى هذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والأذنين والمنخرين والثديين والأليتين والأنثيين لا تؤخذ إحداهما بالأخرى .

٦٧٣٢ فصـــل

وما انقسم إلى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، ولا الأسفل بالأعلى .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

لما ذكرنا ، ولا تؤخذ أصبع بأصبع إلا أن يتفقا في الإسم والموضع ، ولا تؤخذ أنملة بأنملة إلا أن يتفقا في ذلك ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى . والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرهما ، ولا تؤخذ السن بالسن إلا أن يتفق موضعهما واسمهما ، ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ، ولا زائدة بأصليه ، ولا زائدة بزائدة في غير محلها لما ذكرناه .

٦٧٣٣ فصـــل

وما لا يجوز أخذه قصاصاً لا يجوز بتراضيهما [واتفاقهما][1] عليه . لأن الدماء لا تستباح بالاستباحة والبذل ، ولذلك لو بذلها له ابتداء لا يحل أخذها ، ولا يحل لأحد قتل نفسه ، ولا قطع طرفه ، فلا يحل لغيره ببذله ، فلو تراضيا على قطع إحدى اليدين بدلا عن الأخرى فقطعها المقتص سقط القود ، لأن القود سقط في الأولى بإسقاط صاحبها ، وفي الثانية بإذن صاحبها في قطعها ، ودياتها متساوية ، وهذا قول أبي بكر ، ولذلك قال : لو قطع المقتص اليد الأخرى عدواناً لسقط القصاص ، لأنهما تساويا في الألم والدية والإسم ، فتقاصا وتساقطا ، ولأن إيجاب القصاص يفضي إلى قطع يدى كل واحد منهما ، وإذهاب منفعة الجنس وإلحاق الضرر العظيم بهما جميعاً ، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه ، وكل واحد من القطعين مضمون بسرايته ، لأنه عدوان .

وقال ابن حامد : إن كان أخذها عدواناً فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه ، وإن أخذها بتراضيهما فلا قصاص في الثانية إلا برضا صاحبها ببذلها وإذنه في قطعها ، وفي وجوبه في الأولى وجهان :

أحدهما : يسقط لما ذكرنا .

والثاني : لا يسقط ، لأنه رضى بتركه بعوض لم يثبت ، فكان له الرجوع إلى حقه كما لو باعه سلعة وأقبضه[2] إياه ، فعلى هذا له القصاص إلا أنه لا يقتص إلا بعد اندمال الأخرى ، وللجاني دية ، فإذا وجب للمجني عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا ، وإن كانت إحداهما أكبر من الأخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه .

٦٧٣٤ فصـــل

وإذا قال المقتص للجاني : أخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول أبي بكر يجزىء ذلك ، سواء قطعها عالماً بها أو غير عالم ، وعلى قول ابن حامد إن أخرجها عمداً عالماً بأنها يساره وأنها لا تجزىء فلا ضمان على قاطعها ولا قود ، لأنه بذلها بإخراجه لها ، لا على سبيل العوض ، وقد يقوم الفعل

(١) ساقطة من ١٨ .

(٢) في المطبوعة : وقبضه إياه وما في ١٨ أوضح .

فى ذلك مقام النطق ، بدليل أنه لافرق بين قوله : خذ هـذا [فهو لك][1] ، وبين استدعاء ذلك منـه فيعطيه إياه ، ويفارق هذا مالو قطع يد إنسان وهو ساكت لأنه لم يوجد منه البذل وينظر فى المقتص ، فإن فعل ذلك عالماً بالحال عزر[2] لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى ، وهل يسقط القصاص فى اليمين ؟ على وجهين .

أحدهما : يسقط لأن قاطع اليسار تعدى بقطعها ، ولأنه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الأخرى ، كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لا يملك قطع يمينه .

والوجه الثانى : أنه لا يسقط ، وهو مذهب الشافعى ، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الحد مبنى على الإسقاط بخلاف القصاص . والثانى : أن اليسار لاتقطع فى السرقة وإن عدمت يمينه ، لأنه يفوت منفعة الجنس فى الحد ، بخلاف القصاص . والثالث : أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع فى السرقة ، فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فإنه لا يسقط وينتقل إلى البدل لـكن لاتقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدى إلى ذهاب نفسه .

فإن قيل : أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر ؟ قلنا : الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً ، فلهذا جمعنا بينهما وفى مسألتنا أحدهما غير مستحق ، فلم نجمع بينهما ، فإذا اندملت اليسار قطعنا اليمين ، فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدراً ، ويجب فى تركته ، دية اليمين ، لتعذر الاستيفاء فيها بموته ، وإن قال المقتص منه ، لم أعلم أنها اليسار ، أوظننت أنها تجزىء عن اليمين ، نظرت فى المستوفى ، فإن علم أنها يساره وأنهـا لاتـكون قصاصاً ضمنها بديتها ويعزر وقال بعض الشافعية عليه القصاص لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها .

ولنا : أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم بإذلها وإن كان جاهلا فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها على وجه البدل فـكانت مضمونة عليه ولأنهـا مضمونة لو كان القاطع عالماً بهـا وما وجب ضمانه فى العمد وجب فى الخطأ كاتلاف المال ، والقصاص باق له فى اليمين ولا تقطع حتى تندمل اليسار فإذا اندملت فله قطع اليمين فإن عفا وجب بدلهـا ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الـكاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتقاصـان به ، ويبقى نصف

---

(١) فى المطبوعة : خذ هذا فكله وأثبتنا مافى ١٨ لأنه أوضح وفى ٢٩ : سقطت هذه وتلك .

(٢) فى نسخ المغنى (عذر) والصواب (عزر) بالزاى لابالذال كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٦ .

الدية لورثة الجانى ، وإن اختلفا فى بذلهـا فقال الجـانى : إنما بذلتها بدلا عن اليمين ، وقال المجنى عليه : بذلتها فى غير عوض ، أو قال : أخرجتها دهشة . فقال : بل عالماً . فالقول قول الجانى ، لأنه أعلم بنيته ، ولأن الظاهر أن الإنسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعاً مع أن عليه قطعاً مستحقاً ، وهذا مذهب الشافعى ، وإن كان باذل اليسار مجنوناً مثل أن يجن بعد وجوب القصاص عليه ، فعلى قاطعها ضمانها بالقصاص إن كان عالماً ، وبالدية إن كان مخطئاً لأن بذل المجنون ليس بشبهة . وإن كان من له القصاص مجنوناً ومن عليه القصاص عاقلا فأخرج إليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً ، لأنه لا يصح منه الاستيفاء ، ولا يجوز البذل له ، ولا ضمان عليه ، لأنه أتلفها ببذل صاحبها ، لكن إن كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها ، فيكون للمجنون ديتها ، وإن وثب المجنون عليه فقطع يده التى لاقصاص فيها فعلى عاقلته ديتها ، وله القصاص فى الأخرى ، وإن قطع الأخرى فهو مستوف حقه فى أحد الوجهين ، لأن حقه متعين فيها ، فإذا أخذها قهراً سقط حقه ، كما لو أتلف وديعته . والثانى : لا يسقط حقه وله عقل يده ، وعقل يد الجانى على عاقلته ، لأن المجنون لا يصح منه الاستيفاء .

ويفارق الوديعة إذا أتلفها ، لأنها تلفت بغير تفريط ، وليس لها بدل إذا تلفت بذلك ، واليد بخلافه ، فإنها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها ، وكذلك الصغير ، وكذلك الحكم فيهما . إذا قتلا قاتل أبيهما عمداً ، وإن اقتصا من الجانى مالا تحمله عاقلته كما دون الثلث كقطع أصبع ونحوها سقط حقهما ، لأن ذلك يقتضى الدية فى ذمتهما ولهما فى ذمة الجانى مثل ذلك فيتقاصان ، وإن كانت ديتهما مختلفة كالمسلم والذمى والرجل والمرأة فإن قلنا يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق ، كما لو أتلفا وديعتهما ، وإن قلنا لا يكونان مستوفيين يقاص من الديتين بقدر الأدنى منهما ووجب الفضل للصبى والمجنون وإن كانت الجناية عليهما أو على وليهما خطأ تحمله العاقلة فاستوفيا القصاص لم يسقط حقهما وجهاً واحداً ، وكانت دية من استوفيا منه على عاقلتهما مؤجلة ودية الجناية عليهما أو على وليهما على عاقلة الجانى مؤجلة .

٦٧٣٥ فصـــــل

وسراية القود غير مضمونة . ومعناه أنه إذا قطع طرفاً يجب القود فيه ، فاستوفى منه المجنى عليه ثم مات الجانى بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفى شىء ، وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، ومالك ، والشافعى ، وإسحق ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وابن المنذر . وروى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ، وعلى رضى الله عنهم . وقال عطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار ، والحارث العكلى ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وأبو حنيفة : عليه الضمان . قال أبو حنيفة : عليه كمال الدية فى ماله . وقال غيره : هى على

عاقلته ، لأنه فوت نفسه ، ولا يستحق إلا طرفه ، فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه ، ولأنها سراية قطع مضمون ، فكانت مضمونة كسراية الجناية . والدليل على أنه مضمون : أنه مضمون بالقطع الأول ، لأنه فى مقابلته .

ولنا : أن عمر وعلياً رضى الله عنهما قالا : « من مات من حد أو قصاص لادية له ، الحق قتله » رواه سعيد بمعناه . ولأنه قطع مستحق مقدر ، فلا تضمن سرايته كقطع السارق . وفارق ماقاسوا عليه ، فإنه ليس مافعله مستحقاً .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته إلى النفس ، بأن يموت منها أو إلى مادونها ، مثل أن يقطع أصبعا فتسرى إلى كفه .

٦٧٣٦ فصـــــل

وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف ، لأنها أثر الجناية ، والجناية مضمونة ، فكذلك أثرها . ثم إن سرت إلى النفس وما لايمكن مباشرته بالإتلاف مثل أن يهشمه فى رأسه فيذهب ضوء عينيه ، وجب القصاص فيه ، ولا خلاف فى ذلك فى النفس . وفى ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم . وإن سرت إلى مايمكن مباشرته بالإتلاف مثل أن قطع أصبعا فتآكلت أخرى وسقطت من مفصل ففيه القصاص أيضاً فى قول إمامنا ، وأبى حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وقال أكثر الفقهاء : لاقصاص فى الثانية ، وتجب ديتها ، لأن ماأمكن مباشرته بالجناية لايجب القود فيه بالسراية ، كما لو رمى سهما فمرق منه إلى آخر .

ولنا أن ماوجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس وضوء العين ، ولأنه أحد نوعى القصاص ، فأشبه ماذكرنا وفارق ماذكروه ، فإن ذلك فعل وليس بسراية ، ولأنه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ، ولو قصد قطع إبهامه فقطع سبابته وجب القصاص ، ولو ضرب إبهامه فمرق إلى سبابته وجب القصاص فيهما ، فافترقا . ولأن الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فيها كما لو رمى إحداهما فمرق إلى الأخرى .

فأما إن قطع أصبعاً فشلت إلى جانبها أخرى وجب القصاص فى المقطوعة حسب ، والأرش فى الشلاء . وبهذا قال مالك ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : لاقصاص فيهما ، ويجب أرشهما جميعاً ، لأن حكم السراية لاينفرد عن الجناية ، بدليل مالو سرت إلى النفس ، فإذا لم يجب القصاص فى إحداهما لم يجب فى الأخرى .

ولنا : أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر ، فأوجبتـه إذا سرت كالتى تسرى إلى سقوط أخرى ، وكالو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها ، وبهـذا يبطل ماذكره ، وفارق الأصل ، لأن السراية مقتضية للقصاص ، كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمهما ، وهاهنا بخلافه ، ولأن ماذكره غير صحيح ، فإن القطع إذا سرى إلى النفس سقط القصاص فى القطـع ، ووجب فى النفس ، فخـالف حكم الجناية حكم السراية ، فسقط ماقاله .

إذا ثبت هذا فإن الأرش يجب فى ماله ، ولا تحمله العاقلة ، لأنه جناية عمد ، وإنمـا لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة فى القطع والشلل ، فإذا قطع أصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية ، وإن اقتص من الأصبع فله فى الأصابع الباقيـة أربعون من الإبل ، ويتبعها ماحاذاها من الـكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ، ويبقى خمس الـكف فيه وجهان :

أحدهما : يتبعها فى الأرش ، ولا شىء فيه .

والثانى : فيه الحـكومة لأن مايقابل الأربع تبعها فى الأرش لاستوائهما فى الحـكم وحكم التى اقتص منها مخالف لحـكم الأرش فلم يتبعها .

٦٧٣٧ ـ فصـــل

ولا يجوز القصاص فى الطرف إلا بعـد اندمال الجرح فى قول أكثر أهل العلم منهم : النخعى ، والثورى ، وأبو حنيفـة ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو ثور . وروى ذلك عن عطاء ، والحسن ، قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ .

ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه إذا سرى إلى النفس يفعل كما فعـل ، وهذا قول الشافعى .

قال : ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته . لما روى جابر : « أن رجلا طعن رجلا بقَرْنٍ فى ركبته ، فقال : يارسول الله أقدنى ، قال : حتى تبرأ ، فأبى وعجل ، فاستقاد له رسول الله صلى الله عليه وسلم فعيبت[1] رجل المستقيد ، وبرأت رجل المستقاد منه . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ليس لك شىء عجلت » رواه سعيد مرسلا . ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية ، فوجب أن يملكه فى الحال كالو برأ .

ولنا : ماروى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح » ورواه الدارقطنى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأن الجرح

(١) أخرجه أيضاً الدارقطنى عن جابر ص ٣٢٦ بلفظ (فعنتت رجله) ورواه الشافعى كافى بدائع المنن ج ٢ ص ٢٥٣ عن محمد بن طلحة (ف)

لايدرى أقتل هو أم ليس بقتل ؟ فينبغي أن ينتظر ليعلم ماحكمه ؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطني ، وفي سياقه فقال : يارسول الله ، عرجت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله ، وبطل عرجك » . ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه ، وهذه زيادة يجب قبولها ، وهي متأخرة عن الاقتصاص ، فتكون ناسخة له ، وفي نفس الحديث مايدل على أن استقادته قبل البرء معصية لقوله : « قد نهيتك فعصيتني »[1] . وماذكروه ممنوع ، وهو مبني على الخلاف .

٦٧٣٨ فصـــــل

فإن اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجناية ، وقال أبو حنيفة ، والشافعي : بل هي مضمونة ، لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كمالو لم يقتص .

ولنا : الخبر المذكور ، ولأنه استعجل مالم يكن له استعجاله ، فبطل حقه كقاتل موروثه .

وبهذا فارق من لم يقتص ، فعلى هذا لو سرى القطعان جميعاً فمات الجاني والمستوفى فهما هدر . وقال أبو حنيفة : يجب ضمان كل واحد منهما لأن سراية كل واحد منهما مضمونة ، ثم يتقاصان فيسقطان . وقال الشافعي : إن مات المجني عليه أولا ، ثم مات الجاني كان قصاصاً ، لأنه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجني عليه . وإن مات الجاني فكذلك في أحد الوجهين ، وفي الآخر يكون موت الجاني هدراً ولولي المجني عليه نصف الدية ، فأما إن سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر ، لاضمان فيه ، وعند أبي حنيفة يجب ضمان سرايته ، وعند الشافعي إن سرت الجناية فهي مضمونة وإن سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ماتقدم من الخلاف .

٦٧٣٩ فصـــــل

وإن اندمل جرح الجناية فاقتص منه ، ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة ، وسراية الاستيفاء غير مضمونة ، لأنه اقتص بعد جواز الاقتصاص ، فعلى هذا لوقطع يد رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجني عليه فمات فلوليه قتل الجاني لأنه مات من جنايته ، وإن عفا إلى الدية فلا شيء له لأنه استوفى بالقطع ماقيمته دية ، وهو يداه . وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضاً شيء ، لأن القصاص قد سقط بموته ، والدية لايمكن إيجابها لما ذكرناه ، وإن كان المقطوع بالجناية يداً فوليه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية ، ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الدية في تركة الجاني أو ماله إن كان حياً .

---

(١) هذه الزيادة في رواية الدارقطني عن عبدالله بن عمرو ص٣٢٥ وقد أخرجها أحمد ج ١١ص٢٢٥ وإسناده صحيح (ف)

٦٧٤٠ فصـــــل

ولو قطع كتابى يد مسلم فبرأ أو اقتص ثم انتقض جرح المسلم فمات فلوليه قتل الكتابى ، والعفو[1] إلى أرش الجرح ، وفى قدره وجهان :

أحدهما : نصف الدية لأنه قد استوفى بدل يده بالقصاص ، ويدلها نصف ديته ، فبقى له نصفها كما لو كان القاطع مسلماً .

والثانى : له ثلاثة أرباعها ، لأن يد اليهودى تعدل نصف ديته ، وذلك ربع دية المسلم ، فقد استوفى ربع ديته وبقى له ثلاثة أرباعها ، وإن كان قطع يدى المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه إلى مال انبنى على الوجهين إن قلنا تعتبر قيمة اليهودى فله هاهنا نصف الدية . وإن قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شىء له هاهنا لأنه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته ، ولو كان القطع فى يديه ورجليه فعفا إلى الدية لم يكن له شىء وجهاً واحداً ، لأن دية ذلك دية مسلم ، ولو كان الجانى امرأة على رجل فالحكم على ماذكرنا سواء ، لأن ديتها نصف دية الرجل .

٦٧٤١ فصـــــل

إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فلوليه قتل القاطعين ، وليس له أن يقطع طرفيهما فى أحد الوجهين ، وفى الآخر له قطع يد القاطع من الكوع ، فإن قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية ، وأما الآخر ، فإن كانت يده مقطوعة من الكوع ، فقطعها من المرفق ثم عفا فله دية الأقدار الحكومة فى الذراع ، ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لأنه يأخذ صحيحة بمقطوعة ، وإن قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليه العفو على الدية لأنه قد استوفى ماقيمته دية وإن اختار قتلهما فله ذلك .

٦٧٤٢ فصـــــل

ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها ، سواء كانت حاملا وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الاستيفاء ، وسواء كان القصاص فى النفس أو فى الطرف . أما فى النفس فلقول الله تعالى : (فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ)[2] وقتل الحامل قتل لغير القاتل ، فيكون إسرافاً .

وروى ابن ماجه[3] بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال : حدثنا معاذ بن جبل ، وأبو عبيدة بن

(١) فى ٣٩ : أو العفو .
(٢) سورة الإسراء آية ٣٣ .
(٣) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ١٥٤ (ف)

الجراح ، وعبادة بن الصامت ، وشداد بن أوس ، قالوا : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع مافى بطنها وحتى تكفل ولدها » . وهذا نص ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للغامدية المقرة بالزنا : « ارجعى حتى تضعى مافى بطنك ، ثم قال لها : ارجعى حتى ترضعيه »[1] ولأن هذا إجماع من أهل العلم لانعلم بينهم فيه اختلافا .

وأما القصاص فى الطرف ، فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجانى أو إلى زيادة فى حقه فلأن تمنع منه خشية السراية إلى غير الجانى وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى . ولأن فى القصاص منها قتلا لغير الجانى ، وهو حرام .

وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ ، لأن الولد لايعيش إلا به فى الغالب ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجىء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبرين . ولأنه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى ، إن أن يكون القصاص فيما دون النفس ، ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستيفاء منها ، فيستوفى . وإن وجد له مرضعة راتبة جاز قتلها لأنه يستغنى بلبنها وإن كانت مترددة أو جماعة يتناوبنه ، أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها جاز قتلها ويستحب للولى تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة .

٦٧٤٣ فصل

وإذا ادعت الحمل ففيه وجهان :

أحدهما : تحبس حتى يتبين حملها ، لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ، ولا يعلمها غيرها ، فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ماادعته . ولأنه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض .

والثانى : ذكره القاضى : أنها ترى أهل الخبرة ، فإن شهدن بحملها أخرت ، وإن شهدن ببراءتها لم تؤخر ، لأن الحق حال عليها ، فلا يؤخر بمجرد دعواها .

٦٧٤٤ فصل

وإن اقتص من حامل فقد أخطأ وأخطأ السلطان الذى مكنه من الإستيفاء ، وعليهما الإثم إن كانا عالمين ، أو كان منهما تفريط ، وإن علم أحدهما أو فرط فالإثم عليه ، ثم ننظر فإن لم تلق الولد فلا ضمان فيه ، لأنا لم نتحقق وجوده وحياته . وإن انفصل ميتاً أو حياً لوقت لايعيش فى مثله ففيه غرة ، وإن انفصل حياً لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية ، وعلى من يجب ضمانه ؟ ننظر ، فإن كان الإمام والولى عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالأمرين أو بأحدهما أو كان الولى عالماً بذلك

(١) أخرجه مسلم عن بريدة (ف)

دون الممكِّن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده ، لأنه مباشر ، والحاكم الممكن له صاحب سبب ، ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب ، كالحافر مع الدافع ، وإن علم الحاكم دون الولى فالضمان على الحاكم وحده ، لأن المباشر معذور ، فكان الضمان على المتسبب كالسيد إذا أمر عبده بالقتل ، والعبد أعجمى لا يعرف تحريم القتل ، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء .

وقال القاضى إن كان أحدهما عالماً وحده فالضمان عليه وحده ، وإن كانا عالمين فالضمان على الحاكم ، لأنه الذى يعرف الأحكام والولى إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده . وإن كانا جاهلين ففيه وجهان :

أحدهما : الضمان على الإمام كما لو كانا عالمين .

والثانى : على الولى وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو الخطاب : الضمان على الحاكم ، ولم يفرق . وقال المزنى الضمان على الحاكم ، ولم يفرق . وقال المزنى الضمان على الولى فى كل حال لأنه المباشر والسبب غير ملجىء فكان الضمان عليه كالحافر مع الدافع وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل . وقد ذكرنا ما يقتضى التفريق والله أعلم .

٦٧٤٥ مسألة

قال : ﴿ وإذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلا قود ﴾ .

لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح بأشل إلا ماحكى عن داود أنه أوجب ذلك ، لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالأذنين .

ولنا : أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال ، فلا يؤخذ بها ما فيه نفع كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة ، وما ذكر له قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم نوجب القصاص فى العينين مع قول الله تعالى : « العين بالعين »[1] لأجل تفاوتهما فى الصحة والعمى فلأن لا يجب ذلك فيما لا نص فيه أولى .

٦٧٤٦ فصل

وإن قطع أذناً شلاء أو أنفاً أشل فهل يؤخذ به الصحيح ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يؤخذ به كسائر الأعضاء .

والثانى : يؤخذ به لأن نفعه لا يذهب بشلله فإن نفع الأذن جمع الصوت ورد الهوامّ وستر موضع

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

السمع ونفع الأنف جمع الريح ورد الهواء أو الهوام فقد ساوى الصحيح فى الجمال والنفع فوجب أخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيح بالصحيح بخلاف اليد والرجل وللشافعى قولان كالوجهين .

٦٧٤٧ فصـــــل

ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بناقصة الأصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لأنها فوق حقه ، وهل له أن يقطع من أصابع الجانى بعدد أصابعه ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف . وإن قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لأنه أخذ كامل بناقص وفى الاقتصاص من الأصابع الصحاح وجهان فإن قلنا له أن يقتص فله الحكومة فى الشلاء وأرش ماتحتها من الكف وهل يدخل ماتحت الأصابع الصحاح فى قصاصها أو تجب فيه حكومة ؟ على وجهين .

٦٧٤٨ فصـــــل

وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائد وجب القصاص فيها ذكره أبو عبد الله بن حامد لأن الزائدة عيب ونقص فى المعنى يرد بها المبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والخراج واختار القاضى أنها لاتقطع بها وهو مذهب الشافعى لأنها زيادة ، فعلى هذا : إن كان للمجنى عليه أيضاً أصبع زائدة فى محل الزائدة من الجانى وجب القصاص لاستوائهما وإن كانت فى غير محلها أو لم يكن للمجنى عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجانى ، وهل يملك قطع الأصابع ؟ ننظر فإن كانت الزائدة ملصقة بأحد الأصابع فليس له قطع تلك الإصبع لأن فى قطعها إضراراً بالزائدة وهل له قطع الأصابع الأربع ؟ على وجهين ، وإن لم تكن ملصقة بواحدة منهن . فهل له قطع الخمس ؟ على وجهين وإن كانت الزائدة نابتة فى أصبع فى أنملتها العليا لم يجز قطعها ، وإن كانت نابتة فى السفلى أو الوسطى فله قطع مافوقها من الأنامل فى أحد الوجهين ويأخذ أرش الأنملة التى تعذر قطعها فى أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف .

٦٧٤٩ فصـــــل

وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن الكاملة لاتؤخذ بالناقصة ،

وإن كانت المقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو مستحشفة[1] أخذنا بها السليمة لأن ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم .

٦٧٥٠ مســـألة

قال : ﴿ وإن كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها وإن شاء عفا وأخذ دية يده ﴾ .

أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافاً لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة فإن قالوا إنه إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن فأفسده سقط القصاص لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف وإن أمن هذا فله القصاص لأنه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والرجل من المرأة والحر من العبد وليس له مع القصاص أرش لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة وإنما نقصت في الصفة فلم يكن له أرش كالصور التي ذكرناها . وقال أبو الخطاب : عندي له أرش مع القصاص على قياس قوله في عين الأعور والأول أصح فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الأصول مخالف للقياس .

٦٧٥١ فصـــل

وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن في الاستيفاء الزيادة ، وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين لأن الشلاء عليلة والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما .

ولنا : أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالأخرى كالصحيحة بالصحيحة .

٦٧٥٢ فصـــل

وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه لأنهما تساوتا في الذات والصفة ، فأما إن اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن الأخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص ، لأن فيه أخذ أصبع بغيرها وإن كانت يد أحدهما ناقصة أصبعاً والأخرى ناقصة تلك الأصبع وأخرى جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعاً . وهل له أرش أصبعه الزائدة ؟ فيه وجهان . ولا يجوز أخذ الأخرى بها لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة .

---

(١) مستحشفة : يبست فتقبضت . (ف)

٦٧٥٣ فصـــــل

ويجوز أخذ الناقصة بالـكاملة لأنها دون حقه وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك وهو قول الشافعي . واختيار ابن حامد .

والثاني : ليس له مع القصاص أرش . وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بـكر لئلا يفضي إلى الجمع بين القصاص ودية في عضو واحد . وقال القاضي قياس قوله : سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع وليس كذلك لأنه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة في موضع وضعها الجاني فلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاج أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحة ، ويفارق القاطع من نصف الذارع لأنه لا يمـكنه القصاص من موضع الجناية . هـكذا حكاه الشريف عن أبي بـكر .

٦٧٥٤ فصـــــل

وإن كانت يد القاطع والمجني عليه كاملتين . في يد المجني عليه أصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لاعبرة بالزائدة لأنها بمنزلة الخرّاج والسِّلْعَة[1] وعلى قول غيره له قطع يد الجاني . وهل له حـكومه في الزائدة ؟ على وجهين ، وإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلاقصاص في الصورة الأولى لأن الأصلية لاتؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لأن الزائدة لاعبرة بها ، وقال غيره إن لم تـكن الزائدة في محل الأصلية فلا قصاص أيضاً لأن الأصبعين مختلفان ، وإن كانت في محل الأصلية فقال القاضي يجري القصاص ، وهو مذهب الشافعي ، ولا شيء له لنقص الزائدة ، وهذا فيه نظر ، فإنها متى كانت في محل الأصلية كانت أصلية ، لأن الزائدة هي التي زادت عن عدد الأصابع ، أو كانت في غير محل الأصابع ، وهذا له خمس أصابع في محلها ، فـكانت كلها أصلية ، فإن قالوا معنى كونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الأصابع . قلنا : ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين ، وأما ميلها عن الأصابع فإنها إن لم تـكن نابتة في محل الأصابع المعدومة فسد قولهم إنها في محلها وإن كانت نابتة في موضعها وإنما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لايخرجها عن كونها أصلية .

٦٧٥٥ فصـــــل

وإذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص ، وإن بادرها

(١) السلعة : زيادة كالغدة قد تـكون كالحمصة أو البطيخة . (ف)

صاحبها فقطعها من الـكوع لئلا تسرى إلى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجانى القصاص فى الأصبع ، والحـكومة فيما تآ كل من الـكف ، ولا شىء عليه فيما قطعه المجنى عليه ، لأنه تلف بفعله ، وإن لم يندمل ومات من ذلك فالجانى شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لا يجب بحال لأن فعل المجنى إنما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ ، وشريك الخاطىء لاقصاص عليه ، ويكون عليه نصف الدية ، وإن قطع المجنى عليه موضع الأكلة نظرت . فإن قطع لحماً ميتاً ثم سرت الجناية فالقصاص على الجانى لأنه سراية جرحه خاصة ، وإن كان فى لحم حى فمات فالحـكم فيه كما لو قطعها خوفاً من سرايتها .

٦٧٥٦ فصـــل

وإذا قطع أنملة لها طرفان إحداهما زائدة والأخرى أصلية فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضاً أخذت بها ، وإن لم تـكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة فى الزائدة . وإن كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها فى قول ابن حامد ، وعلى قول غيره لاقصاص فيها ، وله دية أنملته ، وإن ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء ، وإن قال : أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك ، لأن القصاص حقه ، فلا يجبر على تعجيل استيفائه .

٦٧٥٧ فصـــل

ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث فللأول القصاص من العليا ثم للثانى أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى ، سواء جاءوا دفعة واحـدة أو واحداً بعد واحد ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا قصاص إلافى العليا ، لأنه لم يجب فى غيرها حال الجناية ، لتعذر استيفائه ، فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافىء حال الجناية ، ثم صار مكافئاً بعده .

ولنا : أن تعذر القصاص لإيصال محله بغيره لايمنعه إذا زال الاتصال ، كما لو جنت الحامل ، ويفارق عدم التـكافؤ ، لأنه تعذر لمعنى فيه ، وههنا تعذر لاتصال غيره به ، فأما إن جاء صاحب الوسـطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يعطه ، لأن فى استيفائه إتلاف أنملة لا يستحقها . وقيل لهما : إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول ، فإن اقتص فلـكما القصاص وإن عفا فلا قصاص لـكما وإما أن ترضيا بالعقل فإذا جاء صاحب العليا فاقتص فللثانى الاقتصاص ، وحـكم الثالث مع الثانى كحـكم الثانى مع الأول ، وإن عفا فلهما العقل ، فإن قالا : نحن نصبر وننظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقتص لم يمنعا[1] من ذلك ، وإن قطع صاحب الوسطى والعليـا فعليه دية العليا ، تدفع إلى صاحب العليا ، وإن قطع الأصبع كلها فعليه القصاص فى الأنملة الثالثة ، وعليـه أرش

---

(١) لم يمنعا من ذلك لأن القصاص حقهما فلا يجبران على تعجيل استيفائه (ف)

العليا للأول ، وأرش السفلى على الجانى لصاحبها ، وإن عفا الجانى عن قصاصها وجب أرشها ، يدفعه إليه ليدفعه إلى المجنى عليه .

٦٧٥٨ فصــــل

وإن قطع أنملة رجل العليا ، ثم قطع أنملتى آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع فللأول قطع العليا لأن حقه أسبق ثم يقطع الثانى الوسطى ويأخذ أرش العليا منه فإن بادر الثانى فقطع الأنملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الأرش على الجانى ، وإن كان قطع الأنملتين أولا قدمنا صاحبهما فى القصاص للأول وله الأرش على الجانى ، وإن بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه ، وتقطع الوسطى للأول ، ويأخذ الأرش للعليا ، ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع مثلها فاستوفى الجانى من الوسطى ، فإن عفا إلى الدية تقاصا وتساقطا ، لأن ديتهما واحدة ، وإن اختار الجانى القصاص فله ذلك ، ويدفع أرش العليا ، ويجيء على قول أبى بكر : ألا يجب القصاص ، لأن ديتهما واحدة ، واسم الأنملة يشملها ، فتساقطا كقوله فى إحدى اليدين بدلا عن الأخرى .

٦٧٥٩ مســـألة

قال ﴿ وإذا قُتِلَ وله وليان بالغ وطفل ، أو غائب ، لم يقتل حتى يقدم الغائب ، ويبلغ الطفل ﴾ .

وجملته أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين ، فإن كان بعضهم غائباً انتظر قدومه ، ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه ، وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون وبهذا قال ابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وأبو يوسف ، وإسحاق .

ويروى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله ، وعن أحمد ، رواية أخرى : للكبار العقلاء استيفاؤه . وبه قال حماد ، ومالك ، والأوزاعى ، والليث ، وأبو حنيفة ، لأن الحسن بن على رضى الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصاً ، وفى الورثة صغار ، فلم ينكر ذلك ، ولأن ولاية القصاص هى استحقاق استيفائه ، وليس للصغير هذه الولاية .

ولنا : أنه قصاص غير متحتم ، ثبت لجماعة معينين ، فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالا ، كما لو كان بين حاضر وغائب ، أو أحد بدلى النفس ، فلم ينفرد به بعضهم كالدية .

والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور . أحدها : أنه لو كان منفرداً لاستحقه ، ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً ، كولاية النكاح . والثانى : أنه لو بلغ لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً

عند الموت لم يكن مستحقاً بعده ، كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه . والثالث : أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالأجنبي . والرابع : أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالم يستحقه . فأما ابن ملجم فقد قيل : إنه قتله بكفره ، لأنه قتل علياً مستحلا لدمه ، معتقداً كفره ، متقرباً بذلك إلى الله تعالى . وقيل : قتله لسعيه فى الأرض بالفساد ، وإظهار السلاح ، فيكون كقاطع الطريق إذا قتل . وقتله متحتم ، وهو إلى الإمام . والحسن هو الإمام ، ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة ، ولا خلاف بيننا فى وجوب انتظارهم ، وإن قدر أنه قتله قصاصاً فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض .

٦٧٦٠ فصــــل

وإن كان الوارث واحداً صغيراً كصبى قتلت أمه وليست زوجة لأبيه فالقصاص له ، وليس لأبيه ولا غيره استيفاؤه ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومالك : له استيفاؤه ، وكذلك الحكم فى الوصى والحاكم فى الطرف دون النفس ، وذكر أبو الخطاب فى موضع فى الأب روايتين ، وفى موضع وجهين أحدهما : كقولنا ، لأن القصاص بدلى النفس ، فكان للأب استيفاؤه كالدية .

ولنا : أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له ، كالوصى ولأن القصد التشفى ودرك الغيظ ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الولى ، ويخالف الدية ، فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له ، فافترقا . ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت ، والقصاص لا يتعين ، فإنه يجوز العفو إلى الدية ، والصلح على مال أكثر منها وأقل ، والدية بخلاف ذلك .

٦٧٦١ فصــــل

وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبى ويعقل المجنون ، ويقدم الغائب ، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم فى قصاص حتى بلغ ابن القتيل فى عصر الصحابة ، ولم ينكر ذلك ، وبذل الحسن ، والحسين ، وسعيد ابن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها .

فإن قيل : فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين . قلنا : لأن فى تخليته تضييعاً للحق ، فإنه لا يؤمن هربه . والفرق بينه وبين المعسر من وجوه : أحدها : أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار ، فلا يحبس بما لا يجب ، والقصاص ههنا واجب ، وإنما تعذر المستوفى . الثانى : أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين ، فلا يفيد بل يضر من الجانبين ، وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس . الثالث : أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه .

فإن قيل : فلم يحبس من أجل الغائب ، وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفاً رشيداً ، ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوباً لم يملك انتزاعه ؟ قلنا : لأن في القصاص حقاً للميت ، وللحاكم عليه ولاية ، ولهذا تنفذ وصاياه من الدية ، وتقضى ديونه منها ، فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد إنسان شيئاً غصباً والوارث غائب ، فإنه يأخذه ، ولو كان القصاص في لحي طرفه[1] لم يتعرض لمن هو عليه فإن أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز ، لأن الكفالة لا تصح في القصاص ، فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به ، ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل ، فلم تصح الكفالة به كالحد ، ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه ، فإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق .

٦٧٦٢ فصـــل

فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن الباقين لم يجب عليه قصاص ، وبهذا قال أبوحنيفة وهو أحد قولى الشافعي ، والقول الأخير : عليه القصاص ، لأنه ممنوع من قتله ، وبعضه غير مستحق له ، وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس ، بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد .

ولنا : أنه مشارك في استحقاق القتل ، فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها ، ولأنه محل يملك بعضه ، فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالأصل . ويفارق [ما] إذا قتل الجماعة واحداً ، فإنا لا نوجب القصاص بقتل بعض النفس ، وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجميعها ، وإن سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس ، فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ، ولا يتحقق ههنا .

إذا ثبت هذا فإن للولى الذى لم يقتل قسطه[2] من الدية لأن حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه مالو مات القاتل أو عفا بعض الأولياء ، وهل يجب ذلك على قاتل الجانى أو في تركة الجانى ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان :

أحدهما : يرجع على قاتل الجانى لأنه أتلف محل حقه ، فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه ، كما لو كانت له وديعة فأتلفها .

والثانى : يرجع في تركة الجانى كما لو أتلفه أجنبي ، أو عفا شريكه عن القصاص . وقولنا أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مستأجره ، أو غريمه أو امرأته ، أو كان المتلف أجنبياً ، ويفارق الوديعة ،

---

(١) في نسخ المغنى (في لحى طرفه) والصواب (لحى في طرفه) كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ (ف) .

(٢) في ٣٩ : حقه .

فإنها مملوكة لها ، فوجب عوض ملـكه . أما الجانى فليس بمملوك المجنى عليه ، وإنما له عليه حق ، فأشبه مالو قتل غريمه . فعلى هذا يرجع ورثة الجانى على قاتله بدية موروثهم ، إلا قدر حقه منها . فعلى هذا لو كان الجـانى أقل دية من قاتله ، مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان ، فقتلهـا أحدهما بغير إذن الآخر ، فللآخر نصف دية أبيه فى تركة المرأة التى قتلته ، ويرجع ورثتها بنصف ديتهـا على قاتلهـا ، وهو ربـع دية الرجل .

وعلى الوجه الأول يرجع الابن الذى لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة ، لأنه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة ، ولا يمـكن أن يرجع على ورثة المرأة بشىء ، لأن أخاه الذى قتلهـا أتلف جميع الحق . وهذا يدل على ضعف هذا الوجه .

ومن فوائده أيضاً صحة إبراء من حـكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته ، فإن قلنا : يرجع على ورثة الجانى صح إبراؤهم ، وملـكوا الرجوع على قاتل موروثهم بقسط أخيه العافى ، وإن قلنا : يرجع على تركة الجانى وله تركة فله الأخذ منها ، سواء أمـكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمـكنهم . وإن قلنا : يرجع على شريكه لم يـكن له مطالبة ورثة الجانى ، سواء كان شريكه موسراً أو معسراً .

٦٧٦٣ مســـــألة

قال : ﴿ ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يـكن إلى القصاص سبيل وإن كان العافى زوجاً أو زوجة ﴾ .

أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص ، و [على] أنه أفضل ، والأصل فيه الـكتاب والسنة . أما الـكتاب فقول الله تعالى فى سياق قوله : « كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى . . . فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ »[1] وقال تعالى : « وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ — إلى قوله — وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ »[2] قيل فى تفسيره : فهو كفارة للجانى ، بعفو صاحب الحق عنه . وقيل : فهو كفارة للعافى بصدقته . وأما السنة فإن أنس بن مالك قال : « مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شىء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو » رواه أبو داود[3] . وفى حديثه فى قصة الرُّبَيِّع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم .

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٣) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٧٨ .

إذا ثبت : هذا فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب ، والرجال والنساء ، والصغار والكبار ، فمن عفا منهم صح عفوه ، وسقط القصاص ، ولم يبق[1] لأحد إليه سبيل . هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : عطاء ، والنخعى ، والحكم ، وحماد ، والثورى ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وروى معنى ذلك عن عمر ، وطاوس ، والشعبى . وقال الحسن وقتادة ، والزهرى ، وابن شبرمه ، والليث ، والأوزاعى : ليس للنساء عفو . والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة ، وهو وجه لأصحاب الشافعى ، لأنه ثبت لدفع العار ، فاختص به العصبات كولاية النكاح . ولهم وجه ثالث ، أنه لذوى الأنساب دون الزوجين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل » . وأهله ذوو رحمه[2] .

وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء . وقيل : هو رواية عن عن مالك ، لأن حق غير العافى لا يرضى بإسقاطه ، وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « فأهله بين خيرتين » ، وهذا عام فى جميع أهله ، والمرأة من أهله ، بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من يعذرنى من رجل يبلغنى أذاه فى أهلى ، وما علمت على أهلى إلا خيراً . ولقد ذكروا رجلا ماعلمت عليه إلا خيراً ، وما كان يدخل على أهلى إلا معى[3] » يريد عائشة . وقال له أسامة : يارسول الله أهلك ، ولا نعلم إلا خيراً[4] . وروى زيد بن وهب : « أن عمر أتى برجل قتل قتيلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة المقتول[5] وهى أخت القاتل : قد عفوت عن حقى ، فقال عمر : الله أكبر ، عتق القتيل » . رواه[6] أبو داود ، وفى رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فاستعدى إخوتها عمر ، فقال بعض إخوتها : قد تصدقت ، فقضى لسائرهم بالدية .

وروى قتادة أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلا ، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم ، فقال عمر لابن مسعود : ماتقول ؟ قال إنه أحرز من القتل ، فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علماً . والدليل

---

(١) فى ١٨ : لم يعد .

(٢) فى نسخ المغنى (وأهلة ذوو رحمة) والصواب (ذوو رحمه) بالهاء لا بالتاء كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٩ . (ف)

(٣ ، ٤) أخرجه الخمسة إلا أبا داود عن عائشة . (ف)

(٥) فى تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٩ « قالت أخت القتيل وكانت زوجة القاتل » (ف)

(٦) لم أجده فى أبى داود ونسبه الحافظ فى تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٠ إلى عبد الرازق والبيهقى (ف)

على أن القصاص لجميع الورثة ماذكرناه فى مسألة القصاص بين الصغير والكبير ، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة ، فإذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه ، وزوال الزوجية لايمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية ، وسائر حقوقه الموروثة .

ومتى ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم سقط بإسقاط من كان من أهل الإسقاط منهم ، لأن حقه منه له[1] فينفذ تصرفه فيه ، فإذا سقط سقط جميعه ، لأنه مما لايتبعض كالطلاق والعتاق ، ولأن القصاص حق مشترك بينهم لايتبعض ، مبناه على الدرء والإسقاط ، فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقى كالعتق . والمرأة أحد المستحقين ، فسقط بإسقاطها كالرجل . ومتى عفا أحدهم ، فللباقين حقهم من الدية ، سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، ولا أعلم لهما مخالفاً ممن قال بسقوط القصاص ، وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه ، فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه ، أو مات ، ولما ذكرنا من خبر عمر رضى الله عنه .

٦٧٦٤ فصـــل

فإن قتله الشريك الذى لم يعف عالماً بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص ، سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وهو الظاهر من مذهب الشافعى . وقيل له قول آخر : لايجب القصاص ، لأن له فيه شبهة لوقوع الخلاف .

ولنا : أنه قتل معصوماً مكافئاً له عمداً يعلم أنه لاحق له فيه ، فوجب عليه القصاص كما لوحكم بالعفو حاكم ، والاختلاف لايسقط القصاص ، فإنه لو قتل مسلماً بكافر قتلناه به مع الاختلاف فى قتله ، وأما إن قتله ، قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى فى أحد قوليه : عليه القصاص ، لأنه قتل عمد عدوان لمن لاحق له فى قتله .

ولنا : أنه قتله معتقداً ثبوت حقه فيه ، مع أن الأصل بقاؤه ، فلم يلزمه قصاص كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل ، قبل علمه بعفوه ، ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به ، لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده ، وقال الشافعى : متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص ، علم بالعفو أو لم يعلم ، وقد بينا الفرق بينهما ، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذوراً وإما للعفو عن القصاص ، فإنه يسقط عنه منها ماقابل حقه على القاتل قصاصاً ، ويجب عليه الباقى فإن كان الولى عفا إلى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شىء عليهم ، وإن كان عفا إلى الدية فالواجب لورثة القاتل

---

(١) فى ١٨ : لأنه حقه ، ومنه وله .

وعليهم . نصيب العافى من الدية ، وقيل فيه : إن حق العافى من الدية على القاتل لايصح ، لأن الحق لم يبق متعلقاً بعينه ، وإنما الدية واجبة فى ذمته ، فلم تنتقل إلى القاتل كما لو قتل غريمه .

٦٧٦٥ فصـــل

فإن كان القاتل هو العافى فعليه القصاص ، سواء عفا مطلقاً أو إلى مال وبهذا قال عكرمة ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وابن المنذر . وروى عن الحسن : تؤخذ منه الدية ولايقتل . وقال عمر بن عبد العزيز : الحكم فيه إلى السلطان .

ولنا : قوله تعالى : « فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ »[1] قال ابن عباس ، وعطاء ، والحسن ، وقتادة ، فى تفسيرها : أى بعد أخذه الدية . وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاأعفى من قتل بعد أخذه الدية » . ولأنه قتل معصوماً مكافئاً فوجب عليه القصاص كما لو يكن قتل .

٦٧٦٦ فصـــل

وإذا عفا عن القاتل مطلقاً صح ولم تلزمه عقوبة ، وبهذا قال الشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأبو ثور . وقال مالك . والليث ، والأوزاعى : يضرب ويحبس سنة .

ولنا : أنه إنما كان عليه حق واحد ، وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ .

٦٧٦٧ فصـــل

وإذا وكل من يستوفى القصاص صح توكيله ، نص عليه أحمد رحمه الله ، فإن وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا ، فإن كان عفوه بعد القتل لم يصح لأن حقه قد استوفى وإن كان قتله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلماً فعليه القود كما لو قتله ابتداء . وإن قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر : لاضمان على الوكيل لأنه لاتفريط منه فإن العفو حصل على وجه لايمكن الوكيل استدراكه، فلم يلزمه ضمان ، كما لو عفا بعد مارماه . وهل يلزم الموكل الضمان ؟ فيه قولان .

وأحدهما : لاضمان عليه ، لأن عفوه غير صحيح لما ذكرنا من حصوله فى حال لايمكنه استدراك الفعل ، فوقع القتل مستحقاً له ، فلم يلزمه ضمان ، ولأن العفو إحسان ، فلا يقتضى وجوب الضمان .

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ .

والثانى عليه الضمان ، لأن قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لاذنب المباشر فيه ، فكان الضمان على الآمر كما لو أمر عبده الأعجمى بقتل معصوم .

وقال غير أبى بكر فى صحة العفو وجهان بناء على الروايتين فى الوكيل ، هل ينعزل بعزل الموكل أولا ؟ وللشافعى قولان كالوجهين . فإن قلنا لايصح العفو فلا ضمان على أحد ، لأنه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه . وإن قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه ، لأن الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه ، فأشبه مالو قتل فى دار الحرب من يعتقده حربياً ، وتجب الدية على الوكيل ، لأنه لو علم لوجب عليه القصاص ، فإذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتداً قد أسلم قبل علمه بإسلامه ، ويرجع بها على الموكل ، لأنه غره بتسليطه على القتل بتفريطه فى ترك إعلامه بالعفو ، فيرجع عليه كالغار فى النكاح بحرية أمة أو تزوج معيبة . ويحتمل ألا يرجع عليه ، لأن العفو إحسان منه ، فلا يقتضى الرجوع عليه . فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل ، وهذا اختيار أبى الخطاب ، لأن هذا جرى مجرى الخطأ فأشبه مالو قتل فى دار الحرب مسلماً يعتقده حربياً .

وقال القاضى : هو فى مال الوكيل ، لأنه عن عمد محض ، وهذا لايصح ، لأنه لو كان عمداً محضاً لأوجب القصاص ، ولأنه يشترط فى العمد المحض أن يكون عالماً بحال المحل ، وكونه معصوماً ، ولم يوجد هذا ، وإن قال هو عمد الخطأ فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الخرقى ، ودل عليه خبر المرأة التى قتلت جاريتها[1] وجنينها بمسطح ، فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بالدية على عاقلتها .

واختلف أصحاب الشافعى على هذين الوجهين ، فعلى قول القاضى إن كان الموكل عفا إلى الدية فله الدية فى تركة الجانى ، ولورثة الجانى مطالبة الوكيل بديته ، وليس للموكل مطالبة الوكيل بشىء ، فإن قيل : فقد قلتم فيما إذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ، ولأخيه مطالبته به فى وجه. قلنا ثَمَّ أتلف حقه فرجع ببدله عليه ، وههنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا ، وإن قلنا : إن الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن تسقط الديتان ، لأنه لافائدة فى أن يأخذها الورثة من الوكيل ، ثم يردها الموكل إلى الوكيل ، فيكون تكليفاً لكل واحد منهم بغير فائدة ، ويحتمل أن يجب ذلك ، لأن الدية الواجبة فى ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه ، وإنما تتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ماله عليه ، ولأنه قد تكون الديتان مختلفتين ، بأن يكون أحد المقتولين رجلا والآخر امرأة ، فعلى هذا يأخذ ورثة الجانى ديته من الوكيل ، ويدفعون إلى الموكل دية وليه ، ثم يرد الموكل إلى الوكيل قدر ماغرمه .

---

(١) رواه الخمسة إلا الترمذى عن حمل بن مالك . (ف)

وإن أحال ورثة الجانى الموكل على الوكيل بدية وليهم صح ، فإن كان الجانى أقل دية مثل أن تكون امرأة قتلت رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها ، لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعاً ، ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه ، وإن كان الجانى رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجانى إحالة الموكل بدية المرأة ، لأن الموكل لايستحق عليهم أكثر من ديتها ، ويطالبون الوكيل بنصف دية الجانى ثم يرجع به على الموكل .

٦٧٦٨ فصــــل

وإذا جنى على الإنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وحكى عن مالك : أن القصاص واجب ، لأن الجناية صارت نفساً ولم يعف عنها .

ولنا : أنه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون ماعفا عنه ، فسقط فى النفس كما لو عفا بعض الأولياء ، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه لم يجب فى سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها نظرنا ، فإن كان عفا على مال فله الدية كاملة ، وإن عفا على غير مال وجبت الدية إلا أرش الجراح الذى عفا عنه . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة ، لأن الجناية صارت نفساً ، وحقه فى النفس لافيما عفا عنه ، وإنما سقط القصاص للشبهة ، وإن قال : عفوت عن الجناية لم يجب شىء ، لأن الجناية لاتختص بالقطع ، وقال القاضى فيما إذا عفا عن القطع : ظاهر كلام أحمد أنه لايجب شىء ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، لأنه قطع غير مضمون فكذلك سرايته .

ولنا : أنها سراية جناية أوجبت الضمان ، فكانت مضمونة كما لو لم يعف ، وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها ، فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره ، والمعفو نصف الدية ، لأن الجناية أوجبت نصف الدية ، فإذا عفا سقط ماوجب دون مالم يجب فإذا صارت نفساً وجب بالسراية نصف الدية ، ولم يسقط أرش الجرح فيما إذا لم يعف ، وإنما تكملت الدية بالسراية .

٦٧٦٩ فصــــل

فإن كان الجرح لاقصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص ، لأن القصاص لم يجب فى الجرح فلم يصح العفو عنه ، وإنما وجب القصاص بعد عفوه ، وله العفو عن القصاص ، وله كمال الدية ، ولو عفا عن دية الجرح صح ، وله بعد السراية دية النفس إلاأرش الجرح ، ولا يمتنع وجوب القصاص فى النفس مع أنه لايجب كمال الدية بالمعفو عنه كما لو قطع يده فاندملت

واقتص منها ثم انتقضت وسرت إلى النفس فله القصاص فى النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية ، وإن قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى ، فعلى قول أبى بكر لا يسقط القصاص فى النفس ، لأن القصاص لم يجب فهو كالجائفة ، ومن جوز له القصاص من الكوع أسقط القصاص فى النفس ، كما لو كان القطع من الكوع ، وقال المزنى : لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله ، فلو قطع يداً فعفا عن ديتها وقصاصها ، ثم اندملت لم تسقط ديتها ، وسقط قصاصها لأن القصاص قد وجب فيها ، فصح العفو عنه بخلاف الدية وليس بصحيح ، لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هى السبب ، ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش الطرف لبائعه لا لمشتريه ، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب ، وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا تملك المطالبة به ، ويصح العفو عنه كذا هينا .

٦٧٧٠ فصـــل

فإن قطع يده فعفا عنه ، ثم عاد الجانى فقتله فلوليه القصاص وهذا ظاهر مذهب الشافعى . قال بعضهم: لاقصاص . لأن العفو حصل عن بعضه ، فلا يقتل به ، كما لو سرى القطع إلى نفسه .

ولنا : أن القتل انفرد عن القطع ، فعفوه عن القطع لا يمنع مايلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره ، وإن اختار الدية فقال القاضى : إن كان العفو عن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن القتل إذا تعقب[1] الجناية قبل الاندمال كان كالسراية ، ولذلك لو لم يعرف لم يجب أكثر من دية ، والقطع يدخل فى القتل فى الديه دون القصاص ، ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل ، ولو صار الأمر إلى الدية لم يجب إلا دية واحدة . وقال أبو الخطاب : له العفو إلى دية كاملة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن القطع منفرد عن القطع ، فلم يدخل حكم أحدهما فى الآخر ، كما لو اندمل ، ولأن القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو . وفارق السراية فإنها لم توجب قتلا ، ولأن السراية عفى عن سببها والقتل لم يعف عن شىء منه ، ولا عن سببه ، وسواء فيما ذكرنا كان العافى عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها .

٦٧٧١ فصـــل

وإن قطع أصبعاً فعفا المجنى عليه عن القصاص ، ثم سرت الجناية إلى الكف ، ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا فى النفس ، ولأن القصاص سقط فى الأصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ

(١) فى ٣٩ : إذا أعقب .

بها [اليد][1] الكاملة ، ثم إن كان العفو إلى الدية وجبت الدية كلها ، وإن كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ماذكرنا فيما إذا قطع يداً فعفا المجنى عليه ، ثم سرى إلى نفسه ، فعلى هذا تجب هنا دية الكف لادية الأصبع . ذكره أبو الخطاب ، وهو مذهب الشافعى . وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد أن لايجب شىء ، وهو قول أبى يوسف ومحمد . لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . وقد قال القاضى : إن القياس فيما إذا قطع اليد ، ثم سرى إلى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ههنا .

٦٧٧٢ فصل

فإن قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ، ولم يكن له فى سرايتها قصاص ولا دية فى ظاهر كلام أحمد ، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية . وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه : مالك ، وطاوس ، والحسن ، وقتادة ، والأوزاعى . وقال أصحاب الشافعى : إذا قال : عفوت عن الجناية ، وما يحدث منها ففيه قولان :

أحدهما : أنه وصية فيبنى على الوصية للقاتل ، وفيه قولان . أحدهما : لايصح . فتجب دية النفس إلا دية الجرح . والثانى : يصح . فإن خرجت من الثلث سقط ، وإلا سقط منها ماخرج من الثلث ، ووجب الباقى .

والقول الثانى : ليس بوصية ، لأنه إسقاط فى الحياة فلا يصح ، ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح .

ولنا : أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج ، لأن موجب العمد القود فى إحدى الروايتين ، أو أحد شيئين فى الرواية الأخرى ، فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال ، ولذلك صح العفو من المفلس إلى غير مال ، وأماجناية الخطأ فإذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث ، سواءعفا بلفظ العفو أوالوصية أو الإبراء أو غيرها ، فإن خرجت من الثلث صح عفوه فى الجميع ، وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث ، وبهذا قال مالك ، والثورى ، أصحاب الرأى ونحوه قال عمر بن عبد العزيز ، والأوزاعى ، وإسحق ، لأن الوصية ههنا بمال .

٦٧٧٣ فصل

فإن اختلف الجانى والولى أو المجنى عليه ، فقال الجانى : عفوت مطلقاً ، وقال المجنى عليه : بل عفوت

---

(١) الزيادة من : ٣٩ .

إلى مال ، أو قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها . [أو] قال : بل عفوت عنها دون مايحدث منها ، فالقول قول المجنى عليه أو وليه إن كان الخلاف معه ، لأن الأصل عدم العفو عن الجميع ، وقد ثبت العفو عن البعض بإقراره فيكون القول فى عدم سقوطه قوله .

٦٧٧٤ مســـألة

قال : ﴿ وإذا اشترك الجماعة فى القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك ، وإن أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ، ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك ﴾ .

أما قتلهم للجميع فقد ذكرناه فيما مضى ، وأما إن أحبوا قتل البعض فلهم ذلك ، لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد ، ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لأنهما شخصان ، فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا ، وأما إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة ، فإن لهم هذا من غير رضا الجانى ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والشافعى وعطاء ومجاهد وإسحق وأبو ثور وابن المنذر . وقال النخعى ومالك وأبو حنيفة : ليس للأولياء إلا القتل ، إلا أن يصطلحا على الدية برضا الجانى . وعن مالك رواية أخرى كقولنا ، واحتجوا بقوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاص)(١) والمكتوب لا يتخير فيه ، ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معيناً كسائر أبدال المتلفات .

ولنا : قول الله تعالى (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَان)(٢) قال ابن عباس(٣) : كان فى بنى إسرائيل القصاص ، ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية (كُتبَ عليكم القصاصُ فى القتلَى) الآية - (فمن عُفِي لهُ من أخيهِ شَيْء) فالعفو أن تقبل فى العمد الدية(٤) (فاتباع بالمعروف) يتبع الطالب بالمعروف ويؤدى إليه المطلوب بإحسان (ذَلِكَ تخفيف مِنْ ربكم ورحمة)(٥) مما كتب على من قبلكم رواه البخارى .

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .

(٣) لفظ البخارى ج ٦ ص ٢٩ « عن مجاهد قال : سمعت ابن عباس رضى الله عنهما يقول : كان فى بنى إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية فقال الله تعالى لهذه الأمة : كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فالعفو أن يقبل الدية فى العمد فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، يتبع بالمعروف ويؤدى بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من كان قبلكم فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم قتل بعد قبول الدية » (ف)

(٤) سورة البقرة آية ١٧٨ (٥) سورة البقرة آية ١٧٨ .

وروى أبو هريرة قال : قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما يقاد »[١] متفق عليه .

وروى أبو شريح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل ، وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » رواه أبو داود وغيره . ولأن القتل المضمون إذا سقط فيه القصاص من غير إبراء ثبت المال ، كما لو عفا بعض الورثة ، ويخالف سائر المتلفات لأن بدلها يجب من جنسها ، وههنا يجب فى الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس ، فإذا رضى فى العمد ببدل الخطأ كان له ذلك ، لأنه أسقط بعض حقه ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ما ذكروه بما إذا كان رأس الشاج أصغر ، أو يد القاطع أنقص فإنهم سلموا فيهما .

٦٧٧٥ فصـــــل

واختلفت الرواية فى موجب العمد فروى عن أحمد رحمه الله أن موجبه القصاص عيناً لقوله عليه السلام « من[٢] قتل عمداً فهو قود » ولما ذكروه فى دليلهم ، وروى أن موجبه أحد شيئين القصاص أو الدية لما ذكرناه قبل هذا ولأن الدية أحد بدلى النفس فكانت بدلا عنهما لا عن بدلها كالقصاص . وأما الخبر فالمراد به وجوب القود ، ونحن نقول به ، ويخالف القتل سائر المتلفات ، لأن بدلها لا يختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه . وللشافعى قولان كالروايتين ، فإذا قلنا : موجبه القصاص عيناً فله العفو إلى الدية والعفو مطلقاً فإذا عفا مطلقاً لم يجب شيء ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وقال بعضهم : تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء ، لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه . وإن عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شيء . فأما إن عفا عن الدية لم يصح عفوه ، لأنها لم تجب ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن القصاص مطلقاً أو إلى الدية وجبت الدية ، لأن الواجب غير معين ، فإذا ترك أحدهما وجب الآخر ، وإن اختار الدية سقط القصاص ، وإن اختار القصاص تعين ، وهل له بعد ذلك العفو على الدية ؟ قال القاضى : له ذلك ، لأن القصاص أعلى ، فكان له الانتقال إلى الأدنى ، ويكون بدلا عن القصاص ، وليست التى وجبت بالقتل كما قلنا فى الرواية الأولى أن الواجب القصاص عيناً ، وله العفو إلى الدية ، ويحتمل أنه ليس له ذلك ، لأنه أسقطها باختياره القود فلم يعد إليها .

---

(١) أخرجه البخارى ج ٩ ص ٦ ومسلم ج ٢ص ٩٨٩ (ف)
(٢) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٩٠ (ف)

٦٧٧٦ فصـــل

وإذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجنى عليه بأرش الجناية سقط القصاص ، لأن عدوله إلى الشراء اختيار المال ، ولا يصح الشراء لأنهما إن لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات فى فساد البيع . ولذلك لو باعه شيئاً بحمل جذع غير معروف الصفة لم يصح ، وإن قدر الأرش بذهب أو فضة وباعه به صح[1] .

٦٧٧٧ فصـــل

إذا وجب القصاص لصغير لم يجز لوليه العفو إلى غير مال ، لأنه لا يملك إسقاط حقه ، وإن أحب العفو إلى مال وللصبى كفاية من غيره لم يجز ، لأن فيه تفويت حقه من غير حاجة ، فإن كان فقيراً محتاجاً ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لحاجته إلى المال لحفظه ، قال القاضى : هذا أصح . والثانى : لا يجوز لأنه لا يملك إسقاط قصاصه . وأما حاجته فإن نفقته فى بيت المال والصحيح الأول ، فإن وجوب النفقة فى بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل ، فأما إن كان مستحق القصاص مجنوناً فقيراً فلوليه العفو على المال ، لأنه ليست حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله .

٦٧٧٨ فصـــل

ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص ، لأنه ليس بمال ، وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه ، وإن أحب العفو عنه إلى مال فله ذلك ، لأن فيه حظاً للغرماء ، وإن أراد العفو على مال ، انبنى على الروايتين ، إن قلنا : الواجب القصاص فله ذلك ، لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين لم يملك ، لأن المال يجب بقوله عفوت عن القصاص ، فقوله على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك . وهكذا الحكم فى السفيه ووارث المفلس ، وإن عفا المريض على غير مال فذكر القاضى فى موضع : أنه يصح ، سواء خرج من الثلث أو لم يخرج . وذكر أن أحمد نص على هذا ، وقال فى موضع : يعتبر خروجه من ثلثه ، ولعله ينبنى على الروايتين فى موجب العمد على ما مضى .

٦٧٧٩ فصـــل

وإذا قتل من لا وارث له فالأمر إلى السلطان ، فإن أحب القصاص فله ذلك ، وإن أحب العفو على

(١) فى ٣٩ : يصح .

مال فله ذلك ، وإن أحب العفو إلى غير مال لم يملكه لأن ذلك للمسلمين ، ولاحظ لهم في هذا ، وهذا قول أصحاب الرأي ، إلا أنهم لايرون العفو على مال إلا برضا الجاني .

٦٧٨٠ فصل

وإذا اشترك الجماعة في القتل فعفا عنهم إلى الدية فعليهم دية واحدة ، وإن عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية ، لأن الدية بدل المحل ، وهو واحد ، فتكون ديته واحدة ، سواء أتلفه واحد أو جماعة . وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى : أن على كل واحد دية كاملة ، لأن له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة ، كما لو قطع الأعور عين صحيح ، فإنه تجب عليه دية عينه ، وهو دية كاملة . والصحيح الأول ، لأن الواجب بدل المتلف ، فلا يختلف المتلف ، ولذلك لو قتل عبد قيمته ألفان حراً لم يملك العفو على أكثر من الدية . وأما القصاص فإنه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده .

٦٧٨١ مسألة

قال : ﴿ وإن قتل من للأولياء أن يقيدوا به فبذل القاتل أكثر من الدية على ألا يقاد فللأولياء قبول ذلك ﴾ .

وجملته : أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها ، لاأعلم فيه خلافاً ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قتل عمداً دُفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا أخذوا الدية ثلاثين حِقّة[1] ، وثلاثين جَذَعة[2] ، أو أربعين خلفة[3] ، وما صولحوا عليه فهو لهم ، وذلك لتشديد القتل » . رواه الترمذي . وقال : حديث حسن غريب . وروينا « أن هدبة بن خشرم قتل قتيلا ، فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه ، فأبى ذلك وقتله » . ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه ، كالصداق . وعوض الخلع ، ولأنه صلح عما لايجرى فيه الربا ، فأشبه الصلح عن العروض .

---

(١) الحقة : مالها ثلاث سنين ودخلت في الرابعة سميت بذلك لأنها استحقت أن تركب ويحمل عليها ويطرقها الفحل . (ف)

(٢) الجذعة : مالها أربع سنين سميت بذلك لإسقاط سنها وقال الجوهري : هو اسم له في زمن ليس بسن تنبت ولا تسقط . (ف)

(٣) الخلفة : الحامل إلى نصف أجلها ثم هي عشار . (ف)

٦٧٨٢ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا أمسك رجلا وقتله آخر ، قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت ﴾

يقال : أمسك ، ومَسَك ، ومَسَّك ، وقد جمع الخرقى بين اللغتين فقال : إذا أمسك وحبس الماسك، وهو اسم الفاعل من مسك مخففاً . ولا خلاف فى أن القاتل يقتل . لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق. وأما الممسك فإن لم يَعْلَم أن القاتلَ يقتلُه فلا شىء عليه ، لأنه متسبب ، والقاتل مباشر ، فسقط حكم المتسبب به ، وإن أمسكه له ليقتله مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له ، فاختلفت الرواية فيه عن أحمد . فروى عنه : أنه يحبس حتى يموت . وهذا قول عطاء ، وربيعة . وروى ذلك عن على ، وروى عن أحمد : أنه يقتل أيضاً ، وهو قول مالك . قال سليمان بن أبى موسى : الاجماع فينا أن يقتل ، لأنه لو لم يمسكه ماقدر على قتله ، وبإمساكه تمكن من قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما ، فيكونان شريكين فيه ، فيجب عليهما القصاص ، كما لو جرحاه . وقال أبو حنيفة والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر : يعاقب ويأثم ، ولا يقتل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله »[1] . والممسك غير قاتل ، ولأن الإمساك سبب غير ملجىء ، فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر ، كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله .

ولنا : ماروى الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل ، ويحبس الذى أمسك » ولأنه حبسه إلى الموت فيحبس الآخر إلى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت .

٦٧٨٣ فصـــــل

وإن اتبع رجلا ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثانى فقتله نظرت فإن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثانى فعليه القصاص فى القطع وحكمه فى القصاص فى النفس حكم الممسك لأنه حبسه على القتل وإن لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذى أمسكه غير عالم . وفيه وجه آخر ليس عليه إلا القطع بكل حال والأول أصح لأنه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بإمساكه .

فإن قيل : لم اعتبرتم قصد الإمساك ههنا ، وأنتم لاتعتبرون إرادة القتل فى الخارج ؟

---

(١) هو من حديث أخرجه أحمد وابن حبان عن عبد الله بن عمرو ونصه « إن أعتى الناس عند الله ثلاثة رجل قتل فى الحرم ورجل قتل غير قاتله ، ورجل قتل بذحل الجاهلية » والذحل بوزن الثأر لفظاً ومعنى . (ف)

قلنا : إذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره ، فنعتبر قصد الجرح الذى هو السبب دون قصد الأثر . وفى مسألتنا إنما كان موته بأمر غير السراية ، والفعل ممكن له عليه ، فاعتبر قصده لذلك الفعل ، كما لو أمسكه .

٦٧٨٤ فصـــل

قال : ﴿ ومن أمر عبده أن يقتل رجلا وكان العبد أعجمياً لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد ، وإن كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد ﴾ .

وإنما ذكر الخرقى كونه أعجمياً — وهو الذى لا يفصح — ليتحقق منه الجهل . وإنما يكون الجهل فى حق من نشأ فى غير بلاد الإسلام ، فأما من أقام فى بلاد الإسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ، ولا يعذر فى فعله ، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ، ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير . وإن كان غير عالم بخطره فالقصاص على سيده ، ويؤدب العبد. قال أحمد : يضرب ويؤدب . ونقل عنه أبو طالب قال : يقتل المولى ، ويحبس العبد حتى يموت ، لأن العبد سوط المولى وسيفه . وكذا قال على ، وأبو هريرة . وقال على رضى الله عنه : يستودع السجن . وممن قال بهذه الجملة الشافعى . وممن قال إن السيد يقتل على ، وأبو هريرة . وقال قتادة : يقتلان جميعاً . وقال سليمان بن موسى : لا يقتل الآمر ، ولكن [يؤخذ على] يديه ويعاقب ويحبس ، لأنه لم يباشر القتل ولا ألجأ إليه فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل .

ولنا : أن العبد إذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتقد إباحته ، وذلك شبهة تمنع القصاص ، كما لو اعتقده صيداً فرماه فبان إنساناً . ولأن حكمة القصاص الردع والزجر ، ولا يحصل ذلك فى معتقد الإباحة . وإذا لم يجب عليه وجب على السيد ، لأنه آلة[1] له لا يمكن إيجاب القصاص عليه ، فوجب على المتسبب به ، كما لو أنهشه حية أو كلباً ، أو ألقاه فى زبية أسد فأكله . ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فإن القصاص على العبد ، لإمكان إيجابه عليه ، وهو مباشر له ، فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر ، ويكون على السيد الأدب لتعديه بالتسبب إلى القتل .

٦٧٨٥ فصـــل

ولو أمر صبياً لا يميز أو مجنوناً أو أعجمياً لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم فى العبد ، يقتل الآمر دون المباشر ، ولو أمره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الآمر ، لأن الحد لا يجب إلا على المباشر ،

---

(١) فى ٣٩ : آلة لغيره .

والقصاص يجب بالتسبب ، ولذلك وجب بالتسبب ، ولذلك وجب على المكره والشهود فى القصاص .

٦٧٨٦ فصـــل

ولو أمر السلطان رجلا فقتل آخر فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الآمر ، لأنه غير معذور فى فعله ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق »[1] . وعنه عليه السلام أنه قال : « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه »[2] . فلزمه القصاص كما لو أمره غير السلطان فإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور ، لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام فيما ليس بمعصية ، والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق . وإن أمره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالقود على المأمور بكل حال ، علم أو لم يعلم ، لأنه لايلزمه طاعته ، وليس له القتل بحال ، بخلاف السلطان ، فإن إليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ، ويستوفى القصاص للناس ، وهذا ليس إليه شىء من ذلك . وإن أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما ، وإن وجبت الدية كانت عليهما ، فإن كان الإمام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله فقال القاضى : الضمان عليه دون الإمام ، لأن الإمام أمره بما أدى اجتهاده إليه ، والمأمور لا يعتقد جوازه ، فلم يكن له أن يقبل أمره فإذا قتله لزمه الضمان ، لأنه قتل من لا يحل له قتله ، وينبغى أن يفرق بين العامى والمجتهد ، فإن كان مجتهداً فالحكم فيه على ماذكره القاضى ، وإن كان مقلداً فلا ضمان عليه ، لأن له تقليد الإمام فيما رآه ، وإن كان الإمام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر ، كما لو أمر السيد الذى لا يعتقد تحريم القتل به والله أعلم .

---

(١) أخرجه أحمد والحاكم عن عمران والحكم بن عمرو الغفارى . (ف)

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم عن أبى سعيد . (ف)

كتاب الديات

الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقول الله تعالى : « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا »(١) الآية .

وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن ، فيه الفرائض والسنن والديات ، وقال فيه : « وإن في النفس مائة من الإبل » . رواه النسائي في سننه ، ومالك في موطئه . قال ابن عبد البر : وهو كتاب مشهور عند أهل السير ، ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد ، لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله ، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة .

٦٧٨٧ مســـألة

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ ودية الحر المسلم مائة من الإبل ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل في الدية ، وأن دية الحر المسلم مائة من الإبل ، وقد دلت عليه الأحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم ، وحديث عبد الله ابن عمر في دية خطأ العمد ، وحديث ابن مسعود في دية الخطأ ، وسنذكرها إن شاء الله . وظاهر كلام الخرقي أن الأصل في الدية الإبل لاغير، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله ، ذكر ذلك أبو الخطاب ، وهو قول طاوس ، والشافعي ، وابن المنذر ، وقال القاضي : لايختلف المذهب أن أصول الدية الإبل ، والذهب ، والورق ، والبقر ، والغنم . فهذه خمسة لايختلف المذهب فيها . وهذا قول عمر ، وعطاء ، وطاوس ، وفقهاء المدينة السبعة ، وبه قال الثوري ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، لأن عمرو بن حزم روى في كتابه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن : « وأن في النفس المؤمنة مائة من الإبل ، وعلى أهل الورق ألف دينار »(٢) . رواه النسائي .

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٢) قوله : « وعلى أهل الورق ألف دينار » هكذا في طبعة رشيد ج ٩ ص ٤٨١ والفقي ج ٧ ص ٧٥٩ والورق بكسر الراء الفضة ، والصواب كما في النسائي ج ٨ ص ٥٨ « وعلى أهل الذهب ألف دينار » (ف)

وروى ابن عباس : « أن رجلا من بنى عدى قتل فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفاً » . رواه أبو داود ، وابن ماجه . وروى الشعبى أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : « ألا إن الإبل قد غلت ، فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة » رواه أبو داود .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل »(١) . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين دية العمد والخطأ ، فغلظ بعضها وخفف بعضها ، ولا يتحقق هذا فى غير الإبل ، ولأنه بدل متلف حقاً لآدمى فكان متعيناً كعوض الأموال . وحديث ابن عباس يحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب الورق بدلا عن الإبل ، والخلاف فى كونها أصلا . وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الأصل الإبل ، فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الإبل ، ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن إيجابها تقويماً للإبل ، ولا كان لغلاء الإبل أثر فى ذلك ، ولا لذكره(٢) معنى .

وقد روى : أنه كان يقوم الإبل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ، ولذلك قيل : إن دية الذمى أربعة آلاف درهم ، وديته نصف الدية ، فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم .

٦٧٨٨ فصل

فإذا قلنا : هى خمسة أصول ، فإن قدْرها من الذهب ألف مثقال ، ومن الورق اثنا عشر ألف درهم ، ومن البقر والحلل مائتان ، ومن الشاء ألفان ، ولم يختلف القائلون بهذه الأصول فى قدرها من الذهب ولا من سائرها إلا الورق ، فإن الثورى وأبا حنيفة وصاحبيه قالوا : قدرها عشرة آلاف من الورق ، وحكى ذلك عن ابن شبرمة ، لما روى الشعبى أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف ، ولأن الدينار معدول فى الشرع بعشرة دراهم ، بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالا ، ونصاب الفضة مائتان ، وبما ذكرناه قال الحسن ، وعروة ، ومالك ، والشافعى ، فى قول . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائى عن عبد الله بن عمرو . (ف)

(٢) فى ٣٩ : ولا كان لذكره معنى .

عباس ، لما ذكرنا من حديث ابن عباس ، وحديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده عن عمر[1] ولأن الدينار معدول باثنى عشر درهماً ، بدليل أن عمر فرض الجزية على الغنى أربعة دنانير ، أو ثمانية وأربعين درهماً ، وعلى المتوسط دينارين ، أوأربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير ديناراً ، أواثنى عشر[2] درهماً . وهذا أولى مما ذكروه فى نصاب الزكاة ، ولأنه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولا بنصاب الآخر ، كما أن السائمة من بهيمة الأنعام ليس نصاب شيء منها معدولا بنصاب غيره قال ابن عبد البر ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث مسند ، ولا مرسل ، وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه .

٦٧٨٩ فصـــل

وعلى هذا أى شيء أحضره من عليه الدية من القاتل أو العاقلة من هذه الأصول لزم الولى أخذه ، ولم يكن له المطالبة بغيره ، سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن ، لأنها أصول فى قضاء الواجب يجزىء واحد منها ، فكانت الخيرة إلى من وجبت عليه كخصال الكفارة ، وكشاتى[3] الجبران فى الزكاة مع الدراهم ، وإن قلنا : الأصل الإبل خاصة ، فعليه تسليمها إليه سليمة من العيوب ، وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه ، لأن الحق متعين فيها ، فاستحقت كالمثل فى المثليات المتلفة ، وإن أعوزت الإبل ولم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل فله العدول إلى ألف دينار ، أو اثنى عشر ألف درهم ، وهذا قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد : تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، لحديث عمرو بن شعيب [عن أبيه عن جده] عن عمر فى تقويم الإبل ، ولأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ، ولأن الإبل إذا أجزأت إذا قلت قيمتها ، ينبغى أن تجزىء وإن كثرت قيمتها ، كالدنانير إذا غلت أو رخصت . وهكذا ينبغى أن نقول إذا غلت الإبل كلها ، فأما إن كانت الإبل موجودة بثمن مثلها إلا أن

---

(١) فى ١٨ : عن جده عبد الله بن عمرو وهو خطأ . للسياق الماضى واللاحق .

(٢) فى طبعه رشيد ج ٩ ص ٤٨٣ والقنى ج ٧ ص ٧٦٠ ، أو اثنا عشر درهماً ، والصواب أو (اثنى عشر) لأنه معطوف على منصوب (ف)

(٣) الجبران : شاتان أو عشرون درهماً لحديث أنس عن أبى بكر فى فرائض الصدقة التى فرضها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه ، فمن بلغت عنده صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فإنها تقبل منه ويجعل معها شاتين إن استيسر له أو عشرين درهماً ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده إلا جذعة فإنها تقبل منه ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين ، أخرجه أحمد والنسائى وأبو داود ، والجبران يأخذه المصدق (آخذ الصدقة) إن وجددون سن الصدقة فإن لم يجد إلا أعلى دفعه المصدق (ف)

هذا لم يجدها لـكونها فى غير بلده ونحو ذلك ، فإن عمر قوم[1] الدية من الدراهم اثنى عشر ألفاً[2] وألف[3] دينار .

٦٧٩٠ فصـــل

وظاهر كلام الخرقى أنه لا تعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحمد : أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة ، وعشرون درهماً ، فإن لم يقدر على ذلك أدى اثنى عشر ألف درهم ، وألف دينار . لأن عمر قوم الإبل على أهل الذهب ألف مثقال ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، فدل على أن ذلك قيمتها ، ولأن هذه أبدال محل واحد ، فيجب أن تتساوى فى القيمة كالمثل والقيمة فى بدل القرض ، والمتلف فى المثليات .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : «فى النفس المؤمنة[4] مائة من الإبل» وهذا مطلق فتقييده يخالف إطلاقه فلم يجز إلا بدليل ، ولأنها كانت تؤخذ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيمتها ثمانية آلاف ، وقول عمر فى حديثه إن الإبل قد غلت فقومها على أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، دليل على أنها فى حال رخصها أقل قيمة من ذلك ، وقد كانت تؤخذ فى عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فإيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين دية الخطأ والعمد ، فغلظ دية العمد ، وخفف دية الخطأ .

وأجمع عليه أهل العلم ، واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما . وجمع بين ما فرقه الشارع ، وإزالة للتخفيف والتغليظ جميعاً ، بل هو تغليظ لدية الخطأ ، لأن اعتبار ابن[5] مخاض بقيمة ثنية[6] أوجذعة

---

(١) فى ١٨ : فإن قيمة . . اثنا .

(٢) فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٤٨٤ والفق ج ٧ ص ٧٦١ (وألف دينار) بالواو والصواب (أو ألف دينار) بـ (أو) (ف)

(٣) فى ١٨ و ٣٩ : أو ألف دينار جاز .

(٤) أخرجه ابن حبان فى صحيحه فى كتاب عمرو بن حزم (ف)

(٥) (ابنة مخاض) كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٥١٥ وبنت المخاض ما تم لها سنة سميت بذلك لأن أمها قد حملت والمخاض الحامل وهو معريف لها بغالب أ والها لأنه شرط (ف)

(٦) فى النهاية لابن الأثير ج ١ ص ١٣٦ (والثنية من الغنم ما دخل فى السنة الثالثة ومن البقر كذلك ومن الابل فى السادسة والذكر ثنى وعلى مذهب أحمد بن حنبل ما دخل من المعز فى الثانية ومن البقر فى الثالثة) (ف)

يشق جداً ، فيـكون تغليظاً للدية فى الخطأ ، وتخفيفاً لدية العمد ، وهذا خلاف ما قصده الشارع ، وورد به ، ولأن العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات ، فلو كانت تؤدى على عهد النبى صلى الله عليه وسلم بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يجز الإخلال به ، لأن ما ورد به الشرع مطلقاً إنمـا يحمل على العرف والعادة ، فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيساً فى الشريعة ، وإيهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة ، والنبى صلى الله عليه وسلم بعث للبيان قال الله تعالى (لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ)[1] فـكيف يحمل قوله على الإلباس والإلغاز ؟ هذا مما لا يحل ، ثم لو حمل الأمر على ذلك لـكان الأسنان عبثاً غير مفيد فإن فائدة ذلك إنما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم ، فأقيم مقامه . ولأن الإبل أصل فى الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق ، ولأنها أصل فى الوجوب ، فلا تعتبر قيمتها كالإبل فى السلم ، وشاة الجبران ، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا ؛ فإن الإبل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر ، وقيمتها أقل من اثنى عشر ألفاً ، وقد قيل إن قيمتها كانت ثمانية آلاف ، ولذلك قال عمر : دية الـكتابى أربعة آلاف ، وقولهم إنهـا أبدال محل واحد ، فلنا أن نمنع ونقول : البدل إنما هو الإبل ، وغيرها معتبر بها ، وإن سـلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويهما ، وينتقض أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم ، وأما بدل القرض والمتلف فإنمـا هو المثل خاصة ، والقيمة بدل عنه ، ولذلك لا تجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسألتنا .

فإن قيل : هذا حجة عليـكم لقولـكم إن الإبل هى الأصل ، وغيرها بدل عنها ، فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة . قلنا : إذا ثبت لنا هذا ينبغى أن يقوم غيرها بها ، ولا تقوم هى بغيرها ، لأن البدل يتبع الأصل ، ولا يتبع الأصل البدل ، على أنا نقول إنما صير[2] إلى التقدير بهذا لأن عمر رضى الله عنه قومها فى وقته بذلك ، فوجب المصير إليه ، كيلا يؤدى إلى التنازع والاختلاف فى قيمة الإبل الواجبة ، كما قدر ابن المصرّاة[3] بصاع من التمر نفياً للتنازع فى قيمته ، فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيفضى إلى عـكس حكمة الشرع ، ووقوع التنازع فى قيمة الإبل مع وجوبها بعينها ، على أن المعتـبر فى بدلى القرض مساواة[4] المحل المقرض ، فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له ، والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ، ولهذا لا تعتبر صفاته ، وهـكذا قول أصحابنا فى تقويم البقر والشاء والحلل ، ويجب أن يـكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثنى عشر ألفاً ، فتـكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما ، وقيمة كل شاة ستة دراهم، لتتساوى الأبدال كلها ، وكل حلة بردتان ، فيـكون أربعمائة برد .

---

(١) سورة النحل آية ٤٤ . (٢) فى ١٨ : إنما صرنا .

(٣) هى التى يحبس لبنها فى ضرعها . لتغلو قيمتها :

(٤) فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٥١٦ (مساواة المقرض) . (ف)

٦٧٩١ فصل

ولا يقبل فى الإبل . معيب ولا أعجف ، ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بلده . وقال القاضى وأصحاب الشافعى : الواجب عليه من جنس إبله ، سواء كان القاتل أو العاقلة ، لأن وجوبها على سبيل المواساة ، فيجب كونها من جنس مالهم كالزكاة ، فإذا كان عند بعض العاقلة عراب ، وعند بعضهم بخاتى ، أخذ من كل واحد من جنس ماعنده ، وإن كان عند واحد صنفان ففيه وجهان :

أحدهما : يؤخذ من كل صنف بقسطه . والثانى : يؤخذ من الأكثر . فإن استويا دفع من أيهما شاء .

فإن دفع من غير إبله خيراً من إبله أو مثلها جاز ، كما لو أخرج فى الزكاة خيراً من الواجب ، وإن كان أدون لم يقبل ، إلا أن يرضى المستحق . وإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل البلد ، فإن لم يكن فى البلد إبل وجب من غالب إبل أقرب البلاد إليه ، فإن كانت إبله عجافاً أو مراضاً كلف تحصيل صحاح من جنس ماعنده ، لأنه بدل متلف ، فلا تؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف ، ونحو هذا قال أصحابنا فى البقر والغنم .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فى النفس المؤمنة مائة من الإبل » أطلق الإبل ، فمن قيدها احتاج إلى دليل ، ولأنها بدل المتلف ، فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات ، ولأنها حق ليس سببه المال ، فلم يعتبر كونه من جنس ماله كالمسلم فيه والقرض . ولأن المقصود بالدية جبر المفوّت ، والجبر لايختص بجنس مال من وجب عليه .

وفارق الزكاة ، فإنها وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الأغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليهم ، فاقتضى كونه من جنس أموالهم ، وهذا بدل متلف ، فلا وجه لتخصيصه بماله . وقولهم . إنها مواساة غير صحيح ، وإنما وجبت جبراً للفائت ، كبدل المال المتلف . وإنما العاقلة تواسى القاتل فيما وجب بجنايته ، ولهذا لايجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوى إبل ، والواجب بجنايته إبل مطلقة ، فتواسيه فى تحملها ، ولأنها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض ، والصغيرة من الصغار كالزكاة .

٦٧٩٢ مسألة

قال : ﴿ وإن كان القتل عمداً فهى فى مال القاتل حالّة أرباعاً : خمس وعشرون بنات مخاض ، وخمس وعشرون بنات لبون ، وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل ، لا تحملها العاقلة ، وهذا[١] قضية الأصل ، وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف ، وأرش الجناية على الجانى . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يجنى[٢] جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده :[٣] « ابنك هـذا ؟ » قال : نعم . قال : « أما إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » ولأن موجب الجناية أثر فعل الجانى ، فيجب أن يختص بضررها ، كما يختص بنفعها ، فإنه لو كسب كان كسبه له دون غيره ، وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنايات والأكساب ، وإنما خولف هذا الأصل في قتل المعذور فيه لكثرة الواجب ، وعجز الجانى في الغالب عن تحمله ، مع وجوب الكفارة عليه ، وقيام عذره تخفيفاً عنه ، ورفقاً به ، والعامد لاعذر له ، فلا يستحق التخفيف ، ولا يوجد فيه المعنى المقتضى المواساة في الخطأ ، إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة ، وبهذا قال مالك ، والشافعي وقال أبو حنيفة : تجب في ثلاث سنين ، لأنها دية آدمي ، فكانت مؤجلة كدية شبه العمد .

ولنا : أن ماوجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وأرش أطراف العبد . ولا يشبه شبه العمد ، لأن القاتل معذور ، لكونه لم يقصد القتل ، وإنما أفضى إليه من غير اختيار منه ، فأشبه الخطأ ، ولهذا تحمله العاقلة ، ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية ، وحملوا أداء مال مواساة[٤] ، فالأرفق بحالهم التخفيف عنهم . وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء .

وأما العمد فإنما يحمله الجانى في غير حال العذر ، فوجب أن يكون ملحقاً ببدل سائر المتلفات .

ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه ، أو قتل أجنبياً ، وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم ، أو غير ذلك . واختلفت الرواية في مقدارها . فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع كما ذكر الخرقي . وهو قول الزهري ، وربيعة ، ومالك ، وسليمان بن يسار ، وأبي حنيفة . وروى ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة في بطونها أولادها . وبهذا قال عطاء ، ومحمد بن الحسن ، والشافعي . وروى ذلك عن عمر ، وزيد ، وأبي موسى ، والمغيرة ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاءوا قتلوه ، وإن شاءوا أخذوا الدية ، وهي ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ، وما صولحوا عليه فهو لهم » . وذلك لتشديد القتل . رواه الترمذي ، وقال : هو

---

(١) في ١٨ : وهذه .
(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث عمرو بن الأحوص (ف)
(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم من رواية أبي رمثة (ف)
(٤) في ١٨ : أداء المال .

حديث حسن غريب ، وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل ، منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهم ، وعن عمرو بن شعيب : « أن رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله ، فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة ، وثلاثين جذعة ، وأربعين خلفة » رواه مالك فى موطئه . ووجه الأول ماروى الزهرى عن السائب بن يزيد قال : كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أرباعاً : خمساً وعشرين جذعة ، وخمساً وعشرين حقة ، وخمساً وعشرين بنت لبون ، وخمساً وعشرين بنت مخاض ، ولأنه قول ابن مسعود ، ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان ، فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية .

٦٧٩٣ فصل

والخلفة : الحامل ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : «فى بطونها أولادها» تأكيد ، وقلما تحمل إلا ثنية ، وهى التى لها خمس سنين ، ودخلت فى السادسة . وأى ناقة حملت فهى خلفة تجزىء فى الدية ، وقد قيل : لاتجزىء إلا ثنية ، لأن فى بعض ألفاظ الحديث : « أربعون خَلِفَةً مابين ثنية[1] عامها إلى بازل[2] » ، ولأن سائر أنواع الإبل مقدرة السن ، فكذلك الخلفة ، والذى ذكره القاضى هو الأولى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق الخلفة ، والخلفة هى الحامل ، فيقتضى أن تجزىء كل حامل ، ولو أحضرها خلفة فأسقطت [حملها] قبل قبضها فعليه بدلها ، فإن أسقطت[3] بعد قبضها أجزأت ، لأنه برىء منها بدفعها .

٦٧٩٤ فصل

فإن اختلفا فى حملها رجع إلى أهل الخبرة ، كما يرجع فى حمل المرأة إلى القوابل ، وإن تسلمها الولى ثم قال : لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها ، وقال الجانى : بل قد ولدت عندك ، نظرت ، فإن قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجانى ، لأن الظاهر إصابتهم ، وإن قبضها بغير قولهم فالقول قول الولى ، لأن الأصل عدم الحمل .

(١ ، ٢) الحديث أخرجه أبو داود والنسائى عن عقبة بن أوس عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وفى النسائى ج ٨ ص ٤١ « فيها أربعون ثنية إلى بازل عامها كلهن خلفة » . وفى شرحه قال : « ثنية مادخلت فى السادسة ، (إلى بازل عامها) متعلق بثنية وذلك فى ابتداء السنة التاسعة وليس بعده اسم بل يقال بازل عام وبازل عامين (خلفة) بفتح فكسر هى الناقة الحاملة إلى نصف أجلها ثم هى عشار .

(٣) فى المخطوطات : فإن أسقطته .

٦٧٩٥ مســـــألة

قال { وإن كان القتل شبه عمد فكما وصفت فى أسنانها ، إلا أنها على العاقلة فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها } .

وجملته أن القول فى أسنان دية شبه العمد كالقول فى دية العمد سواء فى اختلاف الروايتين فيها ، واختلاف العلماء فيها ، وقد سبق الكلام فى ذلك إلا أنها تخالف العمد فى أمرين :

أحدهما : أنهـا على العاقلة فى ظاهر المذهب ، وبه قال الشعبى ، والنخعى ، والحكم ، والشافعى ، والثورى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال ابن سيرين ، والزهرى ، والحارث العكلى ، وابن شبرمة ، وقتادة ، وأبو ثور : هى على القاتل فى ماله ، واختاره أبو بكر عبد العزيز ، لأنها موجب فعل قصده ، فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ، ولأنها دية مغلظة ، فأشبهت دية العمد ، وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك ، لأن شبه العمد عنده من باب العمد .

ولنـا : ماروى أبو هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها » متفق عليه . ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصاً ، فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ .

ويخالف العمد المحض ، لأنه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل ، وإرادته القتل ، وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ، ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل ، فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان ، وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا أعلم فى أنها تجب مؤجلة خلافاً من أهل العلم ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عباس رضى الله عنهم . وبه قال الشعبى ، والنخعى ، وقتادة ، وأبو هاشم ، وعبد الله بن عمر ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقد حكى عن قوم من الخوارج أنهم قالوا : الدية حالة ، لأنها بدل متلف ، ولم ينقل إلينا ذلك عمن يعد خلافه خلافاً ، وتخالف الدية سائر المتلفات ، لأنها تجب على غير الجانى على سبيل المواساة له ، فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم . وقد روى عن عمر وعلى أنهما قضيا بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين ، ولا مخالف لهما فى عصرهما فكان إجماعاً .

٦٧٩٦ فصـــــل

ويجب فى آخر كل حول ثلثها ، ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : ابتداؤها من حين حكم الحاكم ، لأنها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة .

ولنـا : أنه مال مؤجل ، فـكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ، ولا نسلم الخلاف فيها ، فإن الخوارج لا يعتد بخلافهم .

إذا ثبت هذا فإن كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت ، سواء كان قتلا موجباً أو عن سراية جرح ، وإن كان الواجب دية جرح نظرت ، فإن كان عن جرح اندمل من غير سراية ، مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة ، فابتداء المدة من حين القطع ، لأن تلك حالة الوجوب ، ولهذا لو قطع يده وهو ذمى فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودى . وأما إن كان الجرح سارياً مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ، ثم اندمل ، فابتداء المدة من حين الاندمال ، لأنها إذا سرت فما استقر الأرش إلا عند الاندمال . هكذا ذكر القاضى ، وأصحاب الشافعى . وقال أبو الخطاب : تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما ، لأن الأرش لا يستقر إلا بالاندمال فيهما .

٦٧٩٧ فصــــل

وإذا كان الواجب دية فإنها تقسم فى ثلاث سنين ، فى كل سنة ثلثها ، سواء كانت دية النفس ، أو دية الطرف ، كدية جدع الأنف ، أو الأذنين ، أو قطع الذكر ، أو الأنثيين . وإن كان دون الدية نظرنا . فإن كان ثلث الدية كدية المأمومة أو الجائفة وجب فى آخر السنة الأولى ، ولم يجب منه شىء حالاً ، وإن كان نصف الدية أو ثلثها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث فى آخر السنة الأولى ، والباقى فى آخر السنة الثانية . وإن كان أكثر من الثلثين كدية ثمان أصابع وجب الثلثان فى السنتين ، والباقى فى آخر الثالثة . وإن كان أكثر من دية مثل أن ذهب سمع إنسان فى كل سنة ثلث ، لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص فى السنة عن الثلث ، فـكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث . وإن كان الواجب بالجناية على اثنين[1] وجب لـكل واحد ثلث فى كل سنة لأن كل واحد له دية ، فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه . وإن كان الواجب دون ثلث الدية كدية الأصبع لم تحمله العاقلة ، لأنها لا تحمـل مادون الثلث ، ويجب حالاً ، لأنه بدل متلف لا تحمله ، فـكان حالا كالجناية على المال .

٦٧٩٨ فصــــل

وفى الدية الناقصة كدية المرأة والـكتابى وجهان :

أحدها : تقسم فى ثلاث سنين ، لأنها بدل النفس ، فأشبهت الدية الـكاملة . والثـانى : يجب منها فى العام الأول قدر ثلث الدية الـكاملة ، وباقيها فى العام الثانى ، لأن هذه تنقص عن الدية ، فلم تقسم

---

(١) فى ١٨ : لاثنين .

فى ثلاث سنين كأرش الطرف . وهذا مذهب أبى حنيفة ، وللشافعى كالوجهين .

وإن كانت الدية لاتبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسى ، وهو ثمانمائة[1] درهم ، ودية الجنين ، وهى خمس من الإبل ، لم تحمله العاقلة ، لأنها لاتحمل مادون الثلث ، فأشبه دية السن والموضحة ، إلا أن يقتل الجنين مع أمه ، فتحمله العاقلة ، لأنها جناية واحدة ، وتكون دية الأم على الوجهين . فإن قلنا[2] هى فى عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الأم فى العام الأول ، لأنها دية أخرى ، ويحتمل أن تجب مع باقى دية الأم فى العام الثانى . وإن قلنا دية الأم فى ثلاث سنين ، فهل تجب دية الجنين فى ثلاثة أعوام أولا ؟ على وجهين . فإذا قلنا بوجوبها فى ثلاث سنين ، وجبت فى السنين التى وجبت فيها دية الأم ، لأنهما ديتان لمستحقين فيجب فى كل سنة ثلث ديتهما وثلث ديته ، ويحتمل أن تجب فى ثلاث سنين أخرى ، لأن تلفها موجب جناية واحدة .

٦٧٩٩ مسألة

قال : ﴿ وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الإبل ، تؤخذ فى ثلاث سنين ، أخماساً . عشرون بنات مخاض ، وعشرون بنو مخاض ، وعشرون . بنات لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ﴾ .

لايختلف المذهب فى أن دية الخطأ أخماساً كما ذكر الخرقى . وهذا قول ابن مسعود ، والنخعى ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال عمر بن عبد العزيز ، وسليمان بن يسار ، والزهرى ، والليث ، وربيعة ، ومالك ، والشافعى : هى أخماس ، إلا أنهم جعلوا مكان بنى مخاض بنى لبون . وهكذا رواه سعيد فى سننه عن النخعى ، عن ابن مسعود . وقال الخطابى : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم وَدَى[3] الذى قتل بخيبر بمائة من إبل الصدقة ، وليس فى أسنان الصدقة ابن مخاض وروى عن على ، والحسن ، والشعبى ، والحارث العكلى ، وإسحاق : أنها أرباع كدية العمد سواء . وعن زيد : أنها ثلاثون حقة ، وثلاثون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت مخاض . وقال طاوس : ثلاثون حقة ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون بنت مخاض ، وعشرون بنى لبون ذكور ، لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون بنت

---

(١) فى ٣٩ : وهى ثمانمائة درهم .
(٢) فى المطبوعة : بأن قلنا . خطأ .
(٣) أخرجه البخارى عن سهل بن أبى حثمة ج ٩ ص ١١ . (ف)

مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشر[1] بنى لبون ذكور » . رواه أبو داود وابن ماجه . وقال أبو ثور : الديات كلها أخماس كدية الخطأ ، لأنها بدل متلف ، فلا تختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات . وحكى عنه : أن دية العمد مغلظة ، ودية شبه العمد والخطأ أخماس ، لأن شبه العمد تحمله العاقلة ، فكان أخماساً كدية الخطأ .

ولنا : ماروى عبد الله بن مسعود ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فى دية الخطأ عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنى مخاض » . رواه أبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه ، ولأن ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض فى الزكاة إذا لم يجدها ، فلا يجمع بين البدل والمبدل فى واجب ، ولأن موجبهما واحد ، فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض ، ولأن ماقلناه الأول ، فالزيادة عليه لاتثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل ، فأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه ، لأنهم لم يدّعوا على أهل خيبر قتله إلا عمداً ، فتكون ديته دية العمد ، وهى من أسنان الصدقة ، والخلاف فى دية الخطأ . وقول أبى ثور يخالف الآثار المروية التى ذكرناها فلا يعول عليه .

٦٨٠٠ فصـــــل

ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن دية الخطأ على العاقلة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وقد ثبتت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة ، وأجمع أهل العلم على القول به ، وقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد رويناه من الأحاديث . وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ ، والمعنى فى ذلك : أن جنايات الخطأ تكثر ، ودية الآدمى كثيرة ، فإيجابها على الجانى فى ماله يجحف به ، فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل ، والإعانة له تخفيفاً عنه ، إذا كان معذوراً فى فعله ، وينفرد هو بالكفارة .

٦٨٨١ فصـــــل

ولا خلاف بينهم فى أنها مؤجلة فى ثلاث سنين ، فإن عمر وعلياً رضى الله عنهما جعلا دية الخطأ على العاقلة فى ثلاث سنين ، ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفاً ، فاتّبعهم على ذلك أهل العلم ، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة . وكل دية تحملها العاقلة تجب مؤجلة لما ذكرنا ، ومالا تحمله

---

(١) فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٤٩٦ والفقى ج ٧ ص ٧٧٠ (وعسر) والصواب (وعشرة) كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٤٩١ وسنن ابن ماجة ج ٢ ص ١٣٨ . (ف)

العاقلة يجب حالاً لأنه بدل متلف ، فلزم المتلف حالا كقيم المتلفات ، وفارق الذى تحمله العاقلة ، فإنه يجب مواساة[1] فألزم التأجيل تخفيفاً على متحمله ، وعدل به عن الأصل فى التأجيل ، كما عدل به عن الأصل فى إلزامه غير الجانى .

٦٨٨٢ فصــــل

ولا يلزم القاتل شىء من الدية[2] . وبهذا قال مالك ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : هو كواحد من العاقلة ، لأنها وجبت عليهم إعانة له ، فلا يزيدون عليه فيها ولنا : ماروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه . وهذا يقتضى أنه قضى بجميعها عليهم ، ولأنه قاتل لم تلزمه الدية ، فلم يلزمه بعضها ، كما لو أمره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق ، فبان مظلوماً ، ولأن الكفارة تلزم القاتل فى ماله ، وذلك يعدل قسطه من الدية ، وأكثر منه ، فلا حاجة إلى إيجاب شىء من الدية عليه .

٦٨٨٣ فصــــل

والكفارة فى مال القاتل لايدخلها تحمل وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : تكون فى بيت المال ، لأنها تكثر ، فإيجابها فى ماله يجحف به .

ولنا : أنها كفارة ، فلا تجب على غير من وجد منه سببها ، كسائر الكفارات ، وكما لو كانت صوماً ، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجانى ، ولا يكفر عنه بفعل غيره . ويفارق الدية ، فإنها إنما شرعت لجبر المحل ، وذلك يحصل بها كيفما كان ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتل ، وماذكروه لا أصل له ، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه .

أحدها : أن الدية لم تجب فى بيت المال ، لأنها إنما وجبت على العاقلة ، ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الأصل .

الثانى : أن الدية كثيرة ، فإيجابها على القاتل يجحف به ، والكفارة بخلافها .

الثالث : أن الدية وجبت مواساة للقاتل ، وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة ، فإيجابها على غيره يقطع المواساة ، ويوجب على غير الجانى أكثر مما وجب عليه ، وهذا لا يجوز .

---

(١) فى ١٨ : على سبيل المواساة .

(٢) أى حينما تحملها العاقلة .

٦٨٠٤ فصـــل

وذكر أصحابنا : أن الدية تغلظ بثلاثة أشياء . إذا قتل فى الحرم ، والشهور الحرم ، وإذا قتل محرماً ، وقد نص أحمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرماً فى الحرم ، وفى الشهر الحرام . فأما إن قتل ذا رحم محرم فقال أبو بكر : تغلظ ديته ، وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ ، وقال أصحاب الشافعى : تغلظ بالحرم والأشهر الحرم ، وذى الرحم المحرم . وفى التغليظ بالإحرام وجهان . وممن روى عنه التغليظ : عثمان ، وابن عباس ، والسعيدان[1] . وعطاء وطاوس ، والشعبى ، ومجاهد ، وسليمان ابن يسار ، وجابر ابن زيد ، وقتادة ، والأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق . واختلف القائلون بالتغليظ فى صفته . فقال أصحابنا : تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية ، فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان . قال أحمد فى رواية ابن منصور فيمن قتل محرماً فى الحرم وفى الشهر الحرام : فعليه أربعة وعشرون ألفاً . وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ .

وقال أصحاب الشافعى : صفة التغليظ إيجاب دية العمد فى الخطأ لا غير ، ولا يتصور التغليظ فى غير الخطأ ، ولا يجمع بين تغليظين . وهذا قول مالك . إلا أنه[2] يغلظ فى العمد . فإذا قتل ذا رحم محرم عمداً فعليه ثلاثون حقه ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة . وتغليظها فى الذهب والورق أن ينظر قيمة أسنان الإبل غير مغلظة ، وقيمتها مغلظة ، ثم يحكم بزيادة ما بينهما ، كأن [كانت] قيمتها مخففة ستمائة وفى العمد ثمانمائة ، وذلك ثلث الدية المخففة . وعند مالك : تغلظ على الأب والأم والجد دون غيرهم ، واحتجا على صفة التغليظ بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجى دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقه ، وثلاثين جذعه ، وأربعين خلفة . ولم يزد عليه فى العدد شيئاً وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن ما أوجب التغليظ أوجبه فى الأسنان دون القدر كالضمان ، ولا يجمع بين تغليظين ، لأن ما أوجب التغليظ بالضمان إذا اجتمع سببان تداخلا ، كالحرم والإحرام فى قتل الصيد ، وعلى أنه لا يغلظ بالإحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه .

واحتج أصحابنا بما روى ابن أبى نجيح أن امرأة وطئت فى الطواف [فماتت] فقضى عثمان رضى الله عنه فيها بستة آلاف ، وألفين تغليظاً للحرم . وعن ابن عمر ، أنه قال : من قتل فى الحرم ، أو ذا رحم أو فى الشهر الحرام ، فعليه دية وثلث . وعن ابن عباس : أن رجلا قتل رجلا فى الشهر الحرام ، وفى البلد الحرام ، فقال : ديته اثنا عشر ألفاً ، وللشهر الحرام أربعة آلاف ، وللبلد الحرام أربعة آلاف . وهذا مما

---

(١) هما : سعيد ابن جبير ، وسعيد بن المسيب .

(٢) فى ٣٩ : إلا أنه قال : يغلظ فى العمد .

يظهر وينتشر ، ولم ينكر ، فيثبت إجماعاً . وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ، ولأنه قول التابعين القائلين بالتغليظ ، واحتجوا على التغليظ فى العمد : بأنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه فنى العمد مع عدم العذر أولى . وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ فى بدل الطرف بهذه الأسباب ، لأن ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كالعمد ، وظاهر كلام الخرقى أن الدية لا تغلظ بشىء من ذلك . وهو قول الحسن ، والشعبى ، والنخعى ، وأبى حنيفة ، والجوزجانى ، وابن المنذر . وروى ذلك عن الفقهاء السبعة ، وعمر بن عبد العزيز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى النفس المؤمنة مائة من الإبل ، لم يزد على ذلك ، وعلى أهل الذهب ألف[1] مثقال » . وفى حديث أبى شريح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :[2] « وأنتم يا خزاعة ، قد قتلتم : هذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقله ، من قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » . وهذا القتل كان بمكة فى حرم الله تعالى ، فلم يزد النبى صلى الله عليه وسلم على الدية ، ولم يفرق بين الحرم وغيره . وقول الله عز وجل : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)[3] يقتضى أن الدية واحدة فى كل مكان وفى كل حال ، ولأن عمر رضى الله عنه أخذ من قتادة المدلجى دية ابنه ولم يزد على مائة .

وروى الجوزجانى بإسناده عن أبى الزناد ، أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء ، فكان مما أحيى من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم ، أن ناساً كانوا يقولون : إن الدية تغلظ فى الشهر الحرام أربعة آلاف ، فتكون ستة عشر ألف درهم ، فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء[4] ، وأثبتها اثنى عشر ألف درهم فى الشهر الحرام ، والبلد الحرام وغيرهما . قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روى عن الصحابة فى هذا ، ولو صح فقول عمر يخالفه ، وقوله أولى من قول من خالفه ، وهو أصح فى الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس .

٦٨٠٥ فصل

ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم ، وقال أصحاب الشافعى : تغلظ الدية بالقتل فى المدينة على قوله القديم ، لأنها مكان يحرم صيده فأشبهت الحرم . وليس بصحيح ، لأنها ليست محلا للمناسك ، فأشبهت سائر

---

(١) أخرجه النسائى وفيه « وعلى أهل الذهب ألف دينار » (ف)

(٢) أخرجه أبو داود عن أبى شريح الكعبى (ف)

(٣) سورة النساء آية ٩٢ .

(٤) تقليد جليل سابق لعصره ، يعتبر من بركات الإسلام وسابقات حكامه الأوائل وهو استعراض القوانين بين الحين والحين . رحم الله ابن عبد العزيز .

البلدان ، ولا يصح قياسها على الحرم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال :[1] « أى بلد هـذا ؟ أليست البلدة الحرام ؟ قال فإن دماءكم وأموالـكم بينـكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا » . وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إن أعتى الناس على الله رجل قتل فى الحرم ، ورجل قتل غير قاتله ، ورجل قتل بذَحْل[2] الجاهلية » وتحريم الصيد ليس هو العلة فى التغليظ ، وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم ، فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ، ولا يحرم الرعى فيه ، ولا الاحتشاش منه ، ولا مايحتاج إليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه .

٦٨٠٦ مســــألة

قال ﴿ والعاقلة لاتحمل العبد ، ولا العمد ، ولا الصلح ، ولا الاعتراف . ولا مادون الثلث ﴾ .

فى هذه المسألة خمس مسائل :

٦٨٠٧ المسألة الأولى

أن العاقلة لاتحمل العبد ، يعنى إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته فى مال القاتل ، ولا شىء على عاقلته خطأ كان أو عمـداً ، وهذا قول ابن عبـاس ، والشعبى ، والثورى ، ومكحول ، والنخعى ، والبتى ، ومالك ، والليث ، وابن أبى ليلى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وقال عطاء ، والزهرى ، والحـكم ، وحماد ، وأبو حنيفة : تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب بقتـله القصاص والـكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعن الشافعى كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة فى دية أطرافه .

ولنـا : ماروى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاتحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً » . وروى عن ابن عباس[3] موقوفاً عليـه ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، فيـكون إجماعاً ، ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته ، فلم تحمله العاقلة كسائر القيم . ولأنه حيوان لاتحمل العاقلة قيمة أطرافه ، فلم تحمل الواجب فى نفسه كالفرس ، وبهذا فارق الحر .

٦٨٠٨ المسألة الثانية

أنهـا لاتحمل العمد ، سواء كان مما يجب القصاص فيه ، أو لايجب ، ولا خلاف فى أنها لاتحمل دية مايجب فيـه القصاص ، وأكثر أهل العلم على أنها لاتحمل العمد بكل حال . وحكى عن مالك : أنها تحمل الجنايات التى لاقصاص فيها ، كالمأمومة والجائفة ، وهذا قول قتادة ، لأنها جناية لاقصاص فيها ، أشبهت جناية الخطأ .

---

(١) أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى عن جابر (ف)

(٢) ذحل كثأر لفظاً ومعنى (ف)

(٣) أخرجه البيهقى عنه .

ولنا : حديث ابن عباس ، ولأنها جناية عمد ، فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص ، وجناية الأب على ابنه ، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت فى الخطأ ، لكون الجانى معذوراً تخفيفاً عنه ، ومواساة له ، والعامد غير معذور ، فلا يستحق التخفيف ، ولا المعاونة ، فلم يوجد فيه المقتضى ، وبهذا فارق العمد الخطأ ، ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه ، فإنه لاقصاص فيه ، ولا تحمله العاقلة .

٦٨٠٩ فصـــل

وإن اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان :

أحدهما : تحمله العاقلة ، لأنه ليس بعمد محض ، أشبه عمد الخطأ . والثانى : لا تحمله ، لأنه قتله بآلة يقتل مثلها غالباً ، فأشبه من لا قصاص له .

ولو وكل فى استيفاء القصاص ثم عفا عنه ، فقتله الوكيل من غير علم بعفوه ، فقال القاضى : لا تحمله العاقلة ، لأنه عمد قتله ، وقال أبو الخطاب : تحمله العاقلة ، لأنه لم يقصد الجناية ، ومثل هذا يعد خطأ ، بدليل ما لو قتل فى دار الحرب مسلماً يظنه حربياً ، فإنه عمد قتله ، وهو أحد نوعى الخطأ ، وهذا أصح ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

٦٨١٠ فصـــل

وعمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا تحمله ، لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه ، فأشبه القتل من البالغ .

ولنا : أنه لا يتحقق منهما كمال القصد ، فتحمله العاقلة كشبه العمد ، ولأنه قتل لا يوجب القصاص لأجل العذر ، فأشبه الخطأ . وشبه العـ[illegible] وبهذا فارق ما ذكروه ، ويبطل ما ذكروه بشبه العمد .

٦٨١١ المسألة الثالثة

أنها لا تحمل الصلح . ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ، ويصالح المدعى على مال ، فلا تحمله العاقلة ، لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره ، فلم تحمله العاقلة كالذى ثبت باعترافه ، وقال القاضى : معناه : أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية ، والتفسير الأول أولى ، لأن هذا عمد ، فيستغنى عنه بذكر العمد . وممن قال : لا تحمل العاقلة الصلح : ابن عباس ، والزهرى ، والشعبى ، والثورى ، والليث ، والشافعى . وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ، ولأنه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بمال غيره ، ويوجب عليه حقاً بقوله .

٦٨١٢ المسألة الرابعة

أنها لا تحمل الاعتراف ، وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد ، فتجب الدية عليه ، ولا تحمله العاقلة ، ولا نعلم فيه خلافاً وبه قال ابن عباس ، والشعبي ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ، وسليمان بن موسى ، والثوري ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ، ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ، ولا يقبل إقرار شخص على غيره . ولأنه يتهم في أن يواطيء من يقول بذلك ، ليأخذ الدية من عاقلته ، فيقاسمه إياها .

إذا ثبت هذا : فإنه يلزمه مااعترف به ، وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول أكثرهم .

وقال أبو ثور ، وابن عبد الحكم : لايلزمه شيء ، ولا يصح إقراره ، لأنه مقر على غيره ، لا على نفسه ، ولأنه لم يثبت موجب إقراره ، فكان باطلا ، كما لو أقر على غيره بالقتل .

ولنا قوله تعالى : « ومن قتلَ مؤمناً خَطَـأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ وديةٌ مسلّمةٌ إلى أهْلِه »[1] ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال ، فصح إقراره كما لو أقر بإتلاف مال ، أو بما لاتحمل ديته العاقلة ، ولأنه محل مضمون ، فيضمن إذا اعترف به كسائر المحال وإنما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها ، فإذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد .

٦٨١٣ المسألة الخامسة

أنها لاتحمل مادون الثلث . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومالك ، وإسحق ، وعبد العزيز[2] ، وعمر بن أبي سلمة . وبه قال الزهري . وقال : لاتحمل الثلث أيضاً ، وقال الثوري ، وأبو حنيفة: تحمل السن والموضحة وما فوقها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الغُرّة التي في الجنين على العاقلة ، وقيمتها نصف عشر الدية ، ولا تحمل مادون ذلك ، لأنه ليس فيه أرش مقدر ، والصحيح عن الشافعي: أنها تحمل الكثير والقليل ، لأن من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد .

ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ، ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني ، لأنه موجب جنايته ، وبدل متلفه ، فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات ، وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني ، لكونه كثيراً يجحف به . قال

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ . (٢) ١٨ و ٢٩ : وأبو بكر عبد العزيز .

النبي صلى الله عليه وسلم : «الثلث كثير[١]» . ففيما دونه يبقى على قضية الأصل ، ومقتضى الدليل ، وهذا حجة على الزهرى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثلث كثيراً . فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع أمه من الضربة ، لكون ديتهما جميعاً موجب جناية تزيد على الثلث ، وإن سلمنا وجوبها[٢] على العاقلة فلأنها دية آدمى كاملة .

٦٨١٤ فصـــل

وتحمل العاقلة دية الطرف إذا بلغ الثلث . وهو قول من سمينا فى المسألة التى قبل هذا .[٣] وحكى عن الشافعى : أنه قال فى القديم : لا تحمل مادون الدية ، لأن ذلك يجرى مجرى ضمان الأموال ، بدليل أنه لا تجب فيه كفارة .

ولنا قول عمر رضى الله عنه ، ولأن الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث ، فحملتها العاقلة كدية النفس . لأنه كثير يجب ضماناً لحر أشبه ما ذكرنا . وما ذكره يبطل بما إذا جنى على الأطراف بما يوجب الدية ، أو زيادة عليها .

٦٨١٥ فصـــل

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها ، وتحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل ، كدية أنفها . وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة . وكذلك الحكم فى دية الكتابى . ولا تحمل دية المجوسى ، لأنها دون الثلث ، ولا دية الجنين إن مات منفرداً أو مات قبل موت أمه ، نص عليه أحمد ، لأنه دون الثلث ، وإن مات مع أمه حملتها العاقلة ، نص عليه ، لأن وجوب ديتهما حصل فى حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث ، فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة .

٦٨١٦ فصـــل

وإن كان الجانى ذمياً فعقله على عصبته من أهل دينه المعاهدين فى إحدى الروايتين . وهو قول الشافعى . وفى الأخرى : لا يتعاقلون ، لأن المعاقلة تثبت فى حق المسلم على خلاف الأصل تخفيفاً عنه ، ومعونة له ، فلا يلحق به الكافر ، لأن المسلم أعظم حرمة ، وأحق بالمواساة والمعونة من الذمى ، ولهذا

---

(١) قاله الرسول صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبى وقاص لما مرض وأراد أن يتصدق بأكثر من ثلث ماله والحديث خرجه الجماعة . (ف)

(٢) فى ١٨ : بوجوبها .

(٣) وهم : سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومالك ، وإسحاق ، وعبد العزيز ، وعمر بن أبى سلمة .

وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ، ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم ، فتبقى فى حق الذمى على الأصل .

ووجه الرواية الأولى : أنهم عصبة يرثونه ، فيعقلون عنه . كعصبة المسلم من المسلمين ، ولا يعقل عنه عصبته المسلمون ، لأنهم لا يرثونه ، ولا الحربيون لأن الموالاة والنصرة منقطعة بينهم . ويحتمل : أن يعقلوا عنه إذا قلنا إنهم يرثونه ، لأنهم أهل دين واحد يرث بعضهم بعضاً . ولا يعقل يهودى عن نصرانى ، ولا نصرانى عن يهودى ، لأنهم لا موالاة بينهم ، وهم أهل ملتين مختلفتين ، ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين فى توارثهما .

٦٨١٧ فصـــــل

وإن تنصر يهودى أو تهود نصرانى ، وقلنا : إنه يقر عليه ، عقل عنه عصبته من أهل الدين الذى انتقل إليه ، وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم ؟ على وجهين وإن قلنا : لا يقر لم يعقل عنه أحد ، لأنه كالمرتد ، والمرتد لا يعقل عنه أحد ، لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ، ولا ذمى فيعقل عنه أهل الذمة ، وتكون جنايته فى ماله ، وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته ، يكون موجبها فى ماله كسائر الجنايات التى لا تحملها العاقلة .

٦٨١٨ فصـــــل

ولو رمى ذمى صيداً ثم أسلم ، ثم أصاب السهم آدمياً فقتله لم يعقله المسلمون ، لأنه لم يكن مسلماً حال رميه ، ولا المعاهدون ، لأنه قتله وهو مسلم ، فيكون فى مال الجانى . وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ، ثم قتل السهم إنساناً لم يعقله أحد ، ولو جرح ذمى ذمياً ثم أسلم الجارح ومات المجروح ، وكان أرش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة ، وما زاد على أرش الجرح لا يحمله أحد ، ويكون فى مال الجانى ، كما ذكرنا . وإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجانى ، وكذلك الحكم إذا جرح مسلماً ثم ارتد . ويحتمل أن تحمل الديةَ كلَّها العاقلةُ فى المسألتين ، لأن الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته ، ولهذا وجب القصاص فى المسألة الأولى إذا كان عمداً ، ويحتمل ألا تحمل العاقلة شيئاً ، لأن الأرش إنما يستقر باندمال الجرح أو سرايته .

٦٨١٩ فصـــــل

إذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم ، وإن جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه ، لأنه عصبته ووارثه ، فإن أعتق أبوه ثم سرت الجناية ، أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى أعتق أبوه لم

يحمل عقله أحد ، لأن موالى الأم قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله ، وموالى الأب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته ، فتكون الدية عليه في ماله إلا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً ، فيخرج فيه مثل ما قلنا في المسألة التي قبلها .

٦٨٢٠ فصـــل

وإن جنى الرجل على نفسه خطأ أو على أطرافه ففيه روايتان .

قال القاضي : أظهرهما : أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه ، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث . وهذا قول الأوزاعي ، وإسحاق . لما روى أن رجلا ساق حماراً فضربه بعصاً كانت معه ، فطارت منها شظية ففقأت عينه ، فجعل عمر ديته على عاقلته ، وقال : « هي يد من أيدي المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد » ولم نعرف له مخالفاً في عصره ، ولأنها جناية خطأ ، فكان عقلها على عاقلته ، كما لو قتل غيره . فعلى هذه الرواية إن كانت العاقلة الورثة لم يجب شيء ، لأنه لا يجب للإنسان شيء على نفسه ، وإن كان بعضهم وارثاً سقط عنه ما يقابل نصيبه ، وعليه ما زاد على نصيبه ، وله ما بقي إن كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه .

والرواية الثانية : جنايته هدر ، وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم ربيعة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي وهي أصح ، لأن عامر بن الأكوع بارز مرحباً يوم خيبر ، فرجع سيفه على نفسه فمات ، ولم يبلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بدية ولا غيرها . ولو وجبت لبينه النبي صلى الله عليه وسلم . ولأنه جنى على نفسه فلم يضمنه غيره كالعمد ، ولأن وجوب الدية على العاقلة إنما كان مواساة للجاني وتخفيفاً عنه ، وليس على الجاني هو هنا شيء يحتاج إلى الإعانة والمواساة فيه ، فلا وجه لإيجابه .

ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره ، فإنه لو لم تحمله العاقلة لأجحف به وجوب الدية لكثرتها . فأما إن كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل تجري مجرى الخطأ ؟ على وجهين . أحدهما : هي كالخطأ ، لأنها تساويه فيما إذا كانت على غيره .

والثاني : لا تحمله العاقلة ، لأنه لا عذر له فأشبه العمد المحض .

٦٨٢١ فصـــل

وأما خطأ الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف إذا كان مما تحمله العاقلة ، وما حصل باجتهاده ففيه روايتان .

إحداهما : على عاقلته أيضاً ، لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء

فأجهضت جنينها ، فقال عمر لعلى : عزمت عليك لا تبرح حتى[1] تقسمها على قومك ، ولأنه جان فـكان خطؤه على عاقلته كغيره .

والثانية : هو فى بيت المال ، وهو مذهب الأوزاعى ، والثورى ، وأبى حنيفة ، وإسحاق ، لأن الخطأ يـكثر فى أحكامه واجتهاده . فإيجاب عقله على عاقلته يجحف بهم ، ولأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله ، فـكان أرش جنايته فى مال الله سبحانه ، وللشافعى قولان كالروايتين .

٦٨٢٢ — مســـألة

قال : ﴿ وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه ، فإن كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته ﴾ .

هذا فى الجناية التى تؤدى بالمال ، إما لـكونها لا توجب إلا المال[2] ، وإما لـكونها موجبة للقصاص فعفى[3] عنها إلى المـال ، فإن جناية العبد تتعلق برقبته إذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته ، أو ذمته ، أو ذمة سيده . أو لا يجب شىء ، ولا يمكن إلغاؤها ، لأنها جناية آدمى ، فيجب اعتبارها كجناية الحر . ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره ، وعدم تـكليفه ، فجناية العبد أولى . ولا يمـكن تعلقها بذمته ، لأنه يفضى إلى إلغائها ، أو تأخير حق المجنى عليه إلى غير غاية . ولا بذمة السيد ، لأنه لم يجن ، فتعين تعلقها برقبة العبد ، ولأن الضمان موجب جنايته ، فتتعلق برقبته كالقصاص ، ثم لا يخلو . أرش الجناية من أن يـكون بقدر قيمته فما دون ، أو أكثر . فإن كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته أو يسلمه إلى ولى الجناية فيملـكه . وبهذا قال الثورى ، ومحمد بن الحسن ، وإسحاق . وروى ذلك عن الشعبى ، وعطاء ، ومجاهد ، وعروة ، والحسن ، والزهرى ، وحماد ، لأنه إن دفع أرش الجناية فهو الذى وجب المجنى عليه ، فلم يملك المطالبة بأكثر منه . وإن سـلم العبد فقد أدى المحل الذى تعلق الحق به ، ولأن حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها ، وإن طالب المجنى عليه بتسليمه إليه وأبى ذلك سيده ، لم يجبر عليه ، لما ذكرنا ، وإن دفع السيد عبده فأبى الجانى قبوله ، وقال : بعـه وادفع إلىّ ثمنه ، فهل يلزم السيد ذلك ؟ على روايتين . وأما إن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان :

إحداهما : أن سيده يخير بين أن يفديه بقيمته ، أو أرش جنايته ، وبين أن يسلمه ، لأنه إذا أدى

---

(١) أخرجه البيهقى من حديث سلام عن الحسن البصرى وفيه « أرى أن ديته عليـك لأنك أنت أفزعتها فألقيت ولدها من سببك فأمر علياً أن يقسم عقله على قريش ، تلخيص الحبير ج ٤ ص ٣٧ (ف)

(٢) فى ٣٩ : لا يجب فيها إلا المال .

(٣) فى المطبوعة : فعفا . ورجحنا ، فى ١٨ . وفى ٣٩ : فعفا الولى . .

قيمته ، فقد أدى قدر الواجب عليه ، فإن حق المجنى عليه لا يزيد على العبد ، فلم يلزمه أكثر من ذلك ، كما لو كانت الجناية بقدر قيمته .

والرواية الثانية : يلزمه تسليمه ، إلا أن يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت . وهذا قول مالك ، لأنه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته ، فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجنى عليه . وللشافعي قولان كالروايتين . . . ووجه الرواية الأولى : أن الشرع قد جعل له فداءه ، فتكان له فداؤه ، وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات .

٦٨٢٣ فصـــل

فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا ولى الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك ، لأنه إذا لم يملكه بالجناية ، فلأنْ لا يملكه بالعفو أولى ولأنه أحد من عليه القصاص ، فلا يملكه بالعفو كالحر ، ولأنه إذا عفا عن القصاص انتقل حقه إلى المـال ، فصار كالجانى جناية موجبة للمال . وفيه رواية أخرى أنه يملكه ، لأنه مملوك استحق إتلافه ، فاستحق إبقاءه على ملكه كعبده الجانى عليه .

٦٨٢٤ فصـــل

قال أبو طالب : سمعت أبا عبد الله يقول : إذا أمر غلامه فجنى ، فعليه ما جنى ، وإن كان أكثر من ثمنه [مثل] أن قطع يد حر فعليه دية يد الحر ، وإن كان ثمنه أقل . وإن أمره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعليه قيمة جنايته ، وإن كانت أكثر من ثمنه ، ولأنه بأمره ، وكان على وأبو هريرة يقولان : إذا أمر عبده أن يقتل فإنما هو سوطه ، ويقتل المولى ، ويحبس العبد . وقال أحمد : حدثنا بَهْز ، حدثنا حماد بن سلمة ، حدثنا قتادة ، عن خلاس ، أن علياً قال : إذا أمر الرجل عبده فقتل إنما هو كسوطه أو كسيفه . يقتل المولى ، والعبد يستودع السجن . ولأنه فوت شيئاً بأمره ، فكان على السيد ضمانه ، كما لو استدان بأمره .

٦٨٢٥ فصـــل

فإن جنى جنايات بعضها بعد بعض ؛ فالجانى بين أولياء الجنايات بالحصص . وبهذا قال الحسن ، وحماد ، وربيعة ، وأصحاب الرأى ، والشافعي . وروى عن شريح : أنه قال : يقضى به لآخرهم . وبه قال الشعبى ، وقتادة ، لأنها جناية وردت على محل مستحق ، فقدم صاحبها على المستحق قبله ، كالجناية على المملوك الذى لم يجن . وقال شريح فى عبد شج رجلا ثم آخر ، فقال شريح : يدفع إلى الأول ، إلا أن يفديه مولاه ، ثم يدفع إلى الثانى ، ثم يدفع إلى الثالث ، إلا أن يفديه الأوسط .

ولنـا : أنهم تساووا فى سبب تعلق الحق به ، فتساووا فى الاستحقاق ، كما لو جنى عليهم دفعة واحدة ، بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى ، لأن حقه أسبق . ولا يصح القياس على الملك ، فإن حق المجنى عليه أقوى ، بدليل أنهما لو وجدا دفعة واحـدة قدم حق المجنى عليه ، ولأن حق المجنى عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضاً ، وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض ، فافترقا .

٦٨٢٦ فصـــل

وإن أعتق السيد عبده الجانى عتق ، وضمن ما تعلق به من الأرش ، لأنه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به ، فلزمه غرامته كما لو قتله . وينبنى قدر الضمان على الروايتين فيما إذا اختار إمساكه بعد الجناية ، لأنه امتنع من تسليمه بإعتاقه ، فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه . ونقل ابن منصور عن أحمد : أنه إن أعتقه عالمـاً بجنايته فعليه الدية ، يعنى دية المقتول ، وإن لم يكن عالمـاً بجنايته فعليه قيمة العبد ، وذلك لأنه إذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه ، بخلاف ما إذا لم يعلم ، فإنه لم يختر الفداء لعدم علمه به ، فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته .

٦٨٢٧ فصـــل

فإن باعه أو وهبه صح بيعه ، لمـا ذكرنا فى البيع ، ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته ، فإن كان المشترى عالمـاً بحاله فلا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة ، وينتقل الخيار فى فدائه وتسليمه إليه ، كالسيد الأول . وإن لم يعلم فله الخيار بين إمساكه ورده كسائر المبيعات .

٦٨٢٨ مســـألة

قال ﴿ والعاقلة : العمومة ، وأولادهم . وإن سفلوا ، فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله . والرواية الأخرى : الأب ، والابن ، والإخوة ، وكل العصبة من العاقلة ﴾ .

العاقلة : من يحمل العقل . والعقل : الدية . تسمى عقلا ، لأنها تعقل لسان ولى المقتول ، وقيل : إنما سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل ، والعقل : المنع . ولهذا سمى بعض العلوم عقلا ، لأنه يمنع من الإقدام على المضار . ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة العصبات ، وأن غيرهم من الإخوة من الأم وسائر ذوى الأرحام والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا هم من العاقلة . واختلف فى الآباء والبنين ! هل هم من العاقلة أولا ؟ وعن أحمد فى ذلك روايتان .

إحداهما : كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه وأخوته وعمومته وأبناؤهم . وهـذا

اختيار أبي بـكر ، والشريف أبي جعفر . وهو مذهب مالك ، وأبي حنيفة ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن[1] عقل المرأة بين عصبتها ، من كانوا لا يرثون منها شيئاً ، إلا ما فضل عن ورثتها ، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها » . رواه أبو داود . ولأنهم عصبة ، فأشبهوا الإخوة ، يحققه : أن العقل موضوع على التناصر ، وهم من أهله ، ولأن العصبة في تحمل العقـل كهم في الميراث في تقـديم الأقرب فالأقرب ، وآباؤه وأبنـاؤه أحق العصبات بميراثه ، فـكانوا أولى بتحمل عقله .

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة ، وهو قول الشـافعي ، لما روى أبو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » . متفق عليه . وفي رواية « ثم ماتت القـاتلة ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ميراثها لبنيها ، والعقل على العصبة » . رواه أبو داود والنسائي . وفي رواية عن جابر ابن عبد الله قال : « فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها ، وبرأ زوجها وولدها . قال : فقالت عاقلة المقتولة : ميراثها لنا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ميراثها لزوجها وولدها » . رواه أبو داود .

إذا ثبت هذا في الأولاد قـلنا عليه الوالد ، لأنه في معناه ، ولأن مال ولده ووالده كماله ، ولهذا لم تقبل شهادتهما له ولا شهادته لهما ، ووجب على كل واحد منهما الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجاً والآخر موسراً ، وعتق عليه إذا ملـكه ، فلا تجب في ماله دية ، كما لم يجب في مال القاتل . وظاهر كلام الخرقي أن في الإخوة روايتين كالولد والوالد . وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ، ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافاً .

٦٨٢٩ فصـــــل

فإن كان الولد ابن ابن عم ، أو كان الوالد والد[2] مولى ، أو عصبة مولى ، فإنه يعقـل في ظـاهر كلام أحمد . قاله القـاضي . وقال أصحـاب الشـافعي : لا يعقـل لأنه والد أو ولد ، فلم يعقـل كما لو لم يـكن كذلك .

ولنا : أنه ابن عم أو مولى ، فيعقل كما لو لم يـكن ولداً ، وذلك لأن هـذه القرابة أو الولاء سبب

---

(١) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٩٦ (ف)
(٢) في نسخة أو كان الولد أو الوالد . هامش المطبوعة . ومثله في ١٨

يستقل بالحـكم منفرداً ، فإذا وجد مع مالا يثبت به الحـكم أثبته ، كما لو وجـد مع الرحم المجرد ؛ ولأنه يثبت حكمه مع القرابة الأخرى ، بدليل أنه يلى نـكاحها ، مع أن الابن لايلى النـكاح عندهم .

٦٨٣٠ فصـــل

وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب ، والمولى وعصبته ، ومولى المولى وعصبته ، وغيرهم . وبهذا قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، وحماد ، ومالك ، والشافعى . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يـكن وارث أقرب منهم ، فيدخلون فى العقل كالقريب ، ولا يعتبر أن يـكونوا وارثين فى الحال ، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقـلوا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ، قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لايرثون منها إلا مافضل عن ورثتها ، ولأن الموالى من العصبات ، فأشبهوا المناسبين .

٦٨٣١ فصـــل

ولا يدخل فى العقل من ليس بعصبة ، ولا يعقل المولى من أسفل . وبه قال أبو حنيفة ، وأصحاب مالك . وقال الشافعى فى أحـد قوليه : يعقل ، لأنهما شخصـان يعقل أحدهما صـاحبه ، فيعقـل الآخر عنه كالأخوين .

ولنا : أنه ليس بعصبة له ، ولا وارث ، فلم يعقل عنه كالأجنبى . وما ذكروه يبطل بالذكر مع الأنثى ، والـكبير مع الصغير ، والعاقل مع المجنون .

٦٨٣٢ فصـــل

ولا يعقل مولى الموالاة . وهو : الذى يوالى رجلا يجعل له ولاءه ونصرته . ولا الحليف . وهو : الرجل يحالف الآخر على أن يتناصرا . على دفع الظـلم ، ويتضافرا على من قصـدهما ، أو قصد أحدهما . ولا العديد . وهو الذى : لاعشيرة له ، ينضم إلى عشيرة ، فيعد نفسه معهم . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يعقل مولى الموالاة ويرث ، وقال مالك : إذا كان الرجل فى غير عشيرته فعقله على القوم الذى هو معهم . ولنا : أنه معنى يتعلق بالعصبة ، فلا يستحق بذلك كولاية النـكاح .

٦٨٣٣ فصـــل

ولا مدخل لأهل الديوان فى المعاقلة . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يتحملون جمع الدية ،

فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون ، لأن عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الأعطية في ثلاث سنين .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، قضى(١) بالدية على العاقلة(٢) ولأنه معنى لا يستحق به الميراث ، فلم يحمل العقل كالجوار . واتفاق المذاهب وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء عمر . على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل .

٦٨٣٤ فصل

ويشترك في العقل الحاضر والغائب . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يختص به الحاضر ، لأن التحمل بالنصرة وإنما هي بين الحاضرين ، ولأن في قسمته على الجميع مشقة وعن الشافعي كالمذهبين .

ولنا : الخبر ، وأنهم استووا في التعصيب والإرث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين ، ولأنه معنى يتعلق بالتصيب ، فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية .

٦٨٣٥ فصل

ويبدأ في قسمته بين العاقلة بالأقرب فالأقرب . يقسم على الإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم ، ثم أعمام الأب ، ثم أعمام الجد ، ثم بنيهم . كذلك أبداً ، حتى إذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ، ثم على عصباته ، ثم على مولى المولى ، ثم على عصباته ، الأقرب فالأقرب كالميراث سواء . وإن قلنا : للآباء والأبناء من العاقلة بدىء بهم لأنهم أقرب ، ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم إلى من بعدهم ، لأنه حق يستحق بالتعصيب فيقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح .

وهل يقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بالأب ؟ على وجهين . أحدهما : يقدم لأنه يقدم في الميراث فقدم في العقل كتقديم الأخ على ابنه . والثاني : يستويان ، لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأم في التعصيب .

والأول أولى إن شاء الله تعالى . لأن قرابة الأم تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع

---

(١) مختصر من حديث لأبي هريرة في قصة امرأتين من هذيل اقتتلتا فقتلت أحداهما الاخرى بحجر واسقطت جنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عاقلة القاتلة وقد أخرجه الشيخان . (ف)

(٢) في نسخة على عصبة القاتلة . هامش المطبوعة والمخطوطة ٣٩

القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم ، وذلك لأن القرابتين تنقسم إلى ماتنفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم إن كان أخا من أم فإنه يرث بـكل واحدة من القرابتين مـيراثاً مفرداً يرث السدس بالأخوة ويرث بالتعصيب ببنوة العم ، وحجب إحدى القرابتين لايؤثر فى حجب الأخرى . فهذا لايؤثر فى قوة ولا ترجيح ولذلك لايقدم ابن العم الذى هو أخ من أم على غيره ، ومالا ينفرد كل واحد منهما بحـكم كابن العم من أبوين مع ابن عم من أب لاتنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الأخرى فتؤثر فى الترجيح وقوة التعصيب ولذلك أثرت فى التقديم فى الميراث فـكذلك فى غيره وبما ذكرناه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة .

ولنا : أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث والخبر لاحجة فيه لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب . فنحمله على ذلك .

٦٨٣٦ فصـــــل

ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل ، أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم فى العقل ، ومن لايعرف ذلك منه لا يحمل وإن كان من قبيلته . فلو كان القاتل قرشياًلم يلزم كلهم التحمل ، فإن قريشاً وإن كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت ، وصار كل قوم ينتسبون إلى أب يتميزن به ، فيعقل عنهم من يشاركهم فى نسبهم إلى الأب الأدنى . ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم . فهم راجعون إلى أب واحد ؟ لـكن إن كان من فخذ واحد فالدية فى بيت المـال ، لأن المسلمين يرثونه إذا لم يـكن له وارث ، بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال ، فـكذلك يعقلونه على هذا الوجه وإن وجد له من يحمل بعض العقل فالباقى فى بيت المال كذلك .

٦٨٣٧ فصـــــل

ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة لاتـكلف من المال مايجحف بها ، ويشق عليها ، لأنه لازم لها من غير جنايتها ، على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه ، فلا يخفف عن الجانى بما يثقل على غيره ، ويجحف به كالزكاة ، ولأنه لو كان الإجحاف مشروعاً كان الجانى أحق به ، لأنه موجب جنايته ، وجزاء فعله ، فإذا لم يشرع فى حقه ففى حق غيره أولى .

واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم . فقال أحمد : يحملون على قدر مايطيقون ، فعلى هذا لايتقدر شرعاً ، وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم ، فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولايؤذى . وهذا

مذهب مالك ، لأن التقدير لايثبت إلا بتوقيف ، ولا يثبت بالرأى والتحكم ، ولا نص فى هذه المسألة ، فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يفرض على الموسر نصف مثقال ، لأنه أقل مال يتقدر فى الزكاة ، فكان معتبراً بها . ويجب على المتوسط ربع مثقال ، لأن مادون ذلك تافه لكون اليد لاتقطع فيه ، وقد قالت عائشة رضى الله عنها : لاتقطع اليد فى الشىء التافه . وما دون ربع دينار لاقطع فيه . وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : أكثر مايحمل على الواحد أربعة دراهم ، وليس لأقله حد ، لأن ذلك مال يجب على سبيل المواساة للقرابة ، فلم يتقدر أقله كالنفقة . قال ويسوى بين الغنى والمتوسط لذلك ، والصحيح الأول ، لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار إليه بتوقيف ، ولا توقيف فيه ، وأنه يختلف بالغنى والتوسط كالزكاة والنفقة ، ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه ، قال بعضهم ، يتكرر الواجب فى الأعوام الثلاثة ، فيكون الواجب فيها على الغنى ديناراً ونصفاً ، وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار ، لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة ، فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة . وقال بعضهم : لايتكرر ، لأن فى إيجاب زيادة على النصف إيجاباً لزيادة على أقل الزكاة ، فيكون مضراً .

ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول ، لأنه حال الوجوب ، فاعتبر الحال عنده كالزكاة . وإن اجتمع من عدد العاقلة فى درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم . فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب مايراه وإن قل . وعلى الوجه الآخر : يحمل على المتوسط نصف ماعلى الغنى ، ويعم بذلك جميعهم ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب ، لئلا ينقص عن القدر الواجب ، ويصير إلى الشىء التافه ولأنه يشق ، فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه .

ولنا : أنهم استووا فى القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا ، وكالميراث . وأما التعلق بمشقة الجمع فغير صحيح ، لأن مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع . ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هى معارضة بخفة الواجب على كل واحد وسهولة الواجب عليهم ثم لايخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فإن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقة ، وربما لم يحصل له معرفة الأولى منهم بذلك ، فيتعذر الإيجاب ، وإن خصه بالتحكم أفضى إلى أنه يخير بين أن يوجب على إنسان شيئاً بشهوته من غير دليل ، وبين أن لايوجب عليه ، ولا نظير له ، وربما ارتشى من بعضهم ، وربما امتنع من فرض عليه شىء من أدائه لكونه يرى مثله لايؤدى شيئاً ، مع التساوى من كل الوجوه .

٦٨٣٨ فصـــل

ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء . لا نعلم في هذا خلافاً ، لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة ، فأشبه الزكاة . وإن وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يسقط بالموت ، لأنه خرج عن أهلية الوجوب ، فأشبه مالو مات قبـل الحول .

ولنا : أنه حق تدخله النيابة لا يملك إسقاطه في حياته ، فأشبه الديون . وفارق ماقبل الحول ، لأنه لم يجب ، ولم يستمر الشرط إلى حين الوجوب ، فأما إن كان فقيراً حال القتل فاستغنى عند الحول ، فقال القاضي : يجب عليه ، لأنه وجد وقت الوجوب ، وهو من أهله . ويخرج على هذا من كان صبياً فبلغ ، أو مجنوناً فأفاق . عند الحول وجب عليه كذلك . ويحتمل أن لا يجب ، لأنه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب ، فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر إذا ملك مالا ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه .

٦٨٣٩ مســألة

قال : ﴿ وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية ﴾ .

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة . وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وحكى بعض أصحابنا عن مالك ، وأبي حنيفة : أن للفقير مدخلا في التحمل ، وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد ، لأنه من أهل النصرة ، فكان من العاقلة كالغني والصحيح الأول لأن تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة ، ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفاً عن القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له مالا يقدر عليه(١) ، ولأننا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة مايثقل عليه ويجحف به ، وتحميل الفقير شيئاً منها يثقل عليه ويجحف بماله ، وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه ، أولا يكون له شيء أصلا . وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها ، لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة .

---

(١) في ٢٩ : بما لا يقدر عليه .

٦٨٤٠ فصل

ويعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة ، والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم ، لأنهما من أهل النصرة والمواساة . وفي الزَّمِن والشيخ الفاني وجهان .

أحدهما : لا يعقلان ، لأنهما ليسا من أهل النصرة ، ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ، ولا يقتلان إذا كانا من أهل الحرب ، وكذلك يخرج في الأعمى لأنه مثلهما في هذا المعنى .

والثاني : يعقلون ، لأنهم من أهل المواساة ، ولهذا تجب عليهم الزكاة ، وهذا ينتقض بالصبي والمجنون. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا .

٦٨٤١ مسألة

قال : ﴿ ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال ، فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

٦٨٤٢ أحدهما

أن من لا عاقلة له هل يؤدى من بيت المال أولا ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يؤدى عنه ، وهو مذهب الزهري ، والشافعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ودى الأنصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال وروى أن رجلا قتل في زحام في زمن عمر ، فلم يعرف قاتله ، فقال علي لعمر : ياأمير المؤمنين ، لا يطلُّ دم امرىء مسلم ، فأدى ديته من بيت المال ، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له . فيعقلون عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه .

والثانية : لا يجب ذلك ، لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ، ولا عقل عليهم فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم ، ولأن العقل على العصبات ، وليس بيت المال عصبة ، ولا هو كعصبة هذا . فأما قتيل الأنصار فغير لازم ، لأن ذلك قتيل اليهود ، وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال ، وإنما النبي صلى الله عليه وسلم تفضل عليهم . وقولهم : إنهم يرثونه قلنا . ليس صرفه إلى بيت المال ميراثاً ، بل هو فيء ، ولهذا يؤخذ مال من لاوارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ، ولا يرثه المسلمون ، ثم لا يجب العقل على الوارث إذا لم يكن عصبة ، ويجب على العصبة ، وإن لم يكن وارثاً فعلى الرواية الأولى إذا لم يكن له عاقلة أديت الدية عنه كلها من بيت المال ، وإن كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال .

وهل تؤدى من بيت المال فى دفعة واحدة أو فى ثلاث سنين ؟ على وجهين :

أحدهما : فى ثلاث سنين ، على حسب مايؤخذ من العاقلة .

والثانى : يؤدى دفعة واحدة ، وهذا أصح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أدى دية الأنصارى دفعة واحدة ، وكذلك عمر ، ولأن الدية بدل متلف لاتؤديه العاقلة ، فيجب كله فى الحال ، كسائر بدل المتلفات وإنما أجل على العاقلة تخفيفاً عنهم ، ولا حاجة إلى ذلك فى بيت المال ولهذا يؤدى الجميع .

٦٨٤٣ الفصل الثانى

إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شىء . وهذا أحد قولى الشافعى ، لأن الدية لزمت العاقلة ابتداء ، بدليل أنه لايطالب بها غيرهم ، ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها ، ولا تجب على غـير من وجبت عليه كالو عدم القاتل ، فإن الدية لاتجب على أحد ، كذا هاهنا ، فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقى ، فلا يجب على أحد ، ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه ، وهذا القول الثانى للشافعى ، لعموم قوله : (وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)[1] ولأن قضية الدليـل وجوبها على الجانى جبراً للمحل الذى فوته ، وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه فى جبر المحل ، فإذا لم يؤخذ ذلك بقى واجباً عليه بمقتضى الدليل ، ولأن الأمر دائر بين أن يطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف ، لايجوز الأول ، لأن فيه مخالفة الـكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة ، فتعين الثانى ، ولأن إهدار الدم المضمون لانظير له ، وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر ، فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية فى ماله ، والذمى الذى لاعاقلة له تلزمه الدية .

ومن رمى سهماً ثم أسلم ، أو كان مسلماً فارتد ، أو كان عليه الولاء لموالى أمه فانجر إلى موالى أبيه ، ثم أصاب بسهم إنساناً فقتله ، كانت الدية فى ماله ، لتعذر حمل عاقلته عقله ، كذلك هاهنا ، فنحرر منه قياساً فنقول : قتيل معصوم فى دار الإسلام تعذر حمـل عاقلته عقله ، فوجب على قاتله كهذه الصورة . وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار فى أغلب الأحوال ، فإنه لايكاد يوجـد عاقلة تحمل الدية كلها ، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال ، فتضيع الدماء ، ويفوت حكم إيجاب الدية . وقولهم : إن الدية تجب على القاتل ابتداء ممنوع ، وإنما تجب على القاتل ، ثم تتحملها العاقلة عنه . وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لـكن مع وجودهم إما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ماذكروه منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل أن تعذر حمل جميعها أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها والله أعلم .

٦٨٤٤ مســـألة

قال : ﴿ ودية الحر الـكتابى نصف دية الحر المسلم ونساؤهم على النصف من دياتهم ﴾ .

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

هذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب عمر بن عبد العزيز ، وعروة ، ومالك ، وعمرو بن شعيب . وعن أحمد : أنها ثلث دية المسلم ، إلا أنه رجع عنها ، فإن صالحاً روى عنه أنه قال : كنت أقول دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف ، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم لحديث عمرو بن شعيب ، وحديث عثمان الذى يرويه الزهرى عن سالم عن أبيه ، وهذا صريح فى الرجوع عنه . وروى عن عمر ، وعثمان : أن ديته أربعة آلاف درهم ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن، وعكرمة ، وعمرو بن دينار ، والشافعى وإسحاق ، وأبو ثور ، لما روى عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية اليهودى[1] والنصرانى أربعة آلاف ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم ، وقال علقمة ، ومجاهد ، والشعبى ، والنخعى ، والثورى ، وأبو حنيفة : ديته كدية المسلم . وروى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، ومعاوية رضى الله عنهم . وقال ابن عبد البر : هو قول سعيد بن المسيب ، والزهرى ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية اليهودى والنصرانى مثل دية المسلم » ولأن الله تعالى ذكر فى كتابه دية المسلم فقال : (وَدِيَةٌ مسَلَّمَةٌ إلى أهـله)[2] وقال فى الذمى مثل ذلك ، ولم يفرق ، فدل على أن ديتهما واحدة ، ولأنه ذكر حر معصوم فتكمل ديته كالمسلم .

ولنا : ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية المعاهد[3] نصف دية المسلم » ، وفى لفظ : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن عقل الكتابى نصف عقل المسلم » رواه الإمام أحمد ، وفى لفظ : « دية المعاهد نصف دية الحر » . قال الخطابى : ليس فى دية أهل الكتاب شىء أثبت من هذا ، ولا بأس بإسناده ، وقد قال به أحمد ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، ولأنه نقص مؤثر فى الدية فأثر فى تنصيفها كالأنوثة .

وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن ، والظاهر أنه ليس بصحيح ، وأما حديث عمر فإنما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ، ودليل ذلك ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار ، وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا بيان وشرح مزيل للاشكال ، ففيه جمع للأحاديث فيكون دليلا لنا ، ولو لم يكن كذلك لكان قول النبى صلى الله عليه وسلم مقدماً على قول عمر وغيره بغير إشكال ، فقد كان عمر إذا بلغه عن النبى صلى الله عليه وسلم سنة ترك قوله وعمل بها ، فكيف يسوغ لأحد أن يحتج بقوله فى ترك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فأما مااحتج به الآخرون فإن الصحيح

---

(١) فى سنن الدارقطنى ص ٣٤٩ (عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض على كل مسلم قتل رجلا من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم) (ف)

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

(٣) أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن ابن عمر (ف)

من حديث عمرو بن شعيب ماروينياه أخرجه الأئمة فى كتبهم دون مارووه ، وأما مارووه من أقوال الصحابة فقد روى عنهم خلافه فنحمل قولهم فى إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ قال أحمد إنما غلظ عثمان الدية عليه لأنه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه ، وكذلك حديث معاوية ، ومثل هـذا ماروى عن عمر رضى الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزنى فقال لحاطب : إنى أراك تجيعهم لأغرمنك غرماً يشق عليك ، فأغرمه مثلى قيمتها ، فأما ديات نسائهم فعلى النصف من دياتهم ، لانعلم فى هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم أن دية المرأة نصف دية الرجل ، ولأنه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم .

٦٨٤٥ فصـــــل

وجراحاتهم من دياتهم بجرح المسلمين من دياتهم ، وتغلظ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين بها . كتغليظ ديات المسلمين . قال حرب : قلت لأبى عبد الله : فإن قتل ذمياً فى الحرم . قال : يزاد أيضاً على قدره كما يزاد على المسلم . وقال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : جنى على مجوسى فى عينه وفى يده ، قال : يكون بحساب ديته ، كما أن المسلم يؤخذ بالحساب ، فكذلك هذا قيل قطع يده ، قال : بالنصف من ديته .

٦٨٤٦ مســـألة

قال : ﴿ فإن قتلوه عمداً أضعف الدية على قاتله المسلم لإزالة القود ﴾ .

هكذا حكم عثمان بن عفان رضى الله عنه ، هذا يروى عن عثمان ، رواه أحمد عن عبد الرزاق ، عن معمر ، عن الزهرى ، عن سالم ، عن أبيه : أن رجلا قتل رجلا من أهل الذمة ، فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار ، فصار إليه أحمد اتباعاً له ، وله نظائر فى مذهبه ، فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه وأوجب على سارق الثمر[1] مثلى قيمته حين درأ عنه القطع وهذا حكم النبى صلى الله عليه وسلم فى سارق الثمر ، فيثبت مثله هاهنا . ولو كان القاتل ذمياً أو قتل ذمى مسلماً لم تضعف الدية عليه ، لأن القصاص عليه واجب فى الموضعين ، وجمهور أهل العلم على أن دية الذمى لاتضاعف بالعمد ، لعموم الأثر فيها ، ولأنها دية واجبة فلم تضاعف كدية المسلم ، أو كالو كان القاتل ذمياً ولا فرق فى الدية بين الذمى وبين المستأمن ، لأن كل واحد منهما كتابى معصوم الدم ، وأما المرتد والحربى فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما .

---

(١) روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثمر المعلق فقال : من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شىء عليه ومن خرج بشىء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع ، رواه النسائى وأبو داود .

٦٨٤٧ مســـألة

قال : ﴿ ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، ونساؤهم على النصف ﴾ .

وهذا قول أكثر أهل العلم . قال أحمد : ماأقل ما اختلف في دية المجوسي ؟ وممن قال ذلك عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، رضي الله عنهم ، وسعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ، وعكرمة ، والحسن ومالك ، والشافعي ، وإسحاق . وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال : ديته نصف دية المسلم كدية الكتابي ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » . وقال النخعي ، والشعبي ، وأصحاب الرأي ديته كدية المسلم ، لأنه آدمي حر معصوم فأشبه المسلم .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً ، فكان إجماعاً وقوله : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب »[1] يعني في أخذ جزيتهم ، وحقن دمائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لاتحل لنا ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتابي ، لنقصان ديته وأحكامه عنهما ، فينبغي أن تنقص ديته كنقص [دية] المرأة عن دية الرجل ، وسواء كان المجوسي ذمياً أو مستأمناً ، لأنه محقون الدم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجماع ، وجراح كل واحد معتبرة من ديته . وإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على القاتل المسلم لإزالة القود نص عليه أحمد قياساً على الكتابي .

٦٨٤٨ فصـــل

فأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كالترك ، ومن عبد ما استحسن فلا دية لهم ، وإنما تحقن دماؤهم بالأمان ، فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسي ، لأنها أقل الديات ، فلا تنقص عنها ، ولأنه كافر ذو عهد لاتحل مناكحته فأشبه المجوسي .

٦٨٤٩ فصـــل

ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى ، فإن قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أماناً فلا ضمان فيه ، لأنه لاعهد له ولا إيمان فأشبه امرأة الحربي وابنه الصغير ، وإنما حرم قتله ليبلغه الدعوة ، وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو الخطاب : يضمن بما يضمن به أهل دينه ، وهو مذهب الشافعي لأنه محقون الدم أشبه من له أمان ، والأول أولى . فإن هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم ، ولأنه

(١) سنوا بهم سنة أهل الكتاب .. قال الحافظ في الدراية ج ٢ ص ٢٠٥ لم أجده بهذا اللفظ لكن أخرج عن الرزاق وابن أبي شيبة من رواية الحسن بن محمد بن الحنفية أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم (ف)

كافر لاعهد له فلم يضمن كالصبيان والمجانين . فأما إذا كان له عهد فله دية أهل دينه ، فإن لم يعرف دينه ففيه دية المجوسى لأنه اليقين ومازاد مشكوك فيه .

٦٨٥٠ مســـــألة

قال : ﴿ ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم ﴾ .

قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم أنهما قالا : ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام « فى النفس المؤمنة مائة من الإبل » وهذا قول شاذ يخالف إجماع الصحابة وسنة النبى صلى الله عليه وسلم ، فإن فى كتاب عمرو بن حزم : دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وهى أخص مما ذكروه ، وهما فى كتاب واحد ، فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له ، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم على ما قدمنا فى موضعه .

٦٨٥١ مســـــألة

قال ﴿ وتساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية ، فإن جاوز الثلث فعلى النصف ﴾ .

وروى هذا عن عمر ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعمر ابن عبد العزيز ، وعروة بن الزبير ، والزهرى ، وقتادة ، والأعرج ، وربيعة ، ومالك . قال ابن عبد البر : وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة وحكى عن الشافعى فى القديم . وقال الحسن : يستويان إلى النصف ، وروى عن على رضى الله عنه أنها على النصف فيما قل وكثر ، وروى ذلك عن ابن سيرين ، وبه قال الثورى ، والليث ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وأبو ثور ، والشافعى ، فى ظاهر مذهبه . واختاره ابن المنذر ، لأنهما شخصان تختلف ديتهما ، فاختلف أرش أطرافهما ، كالمسلم والكافر ، ولأنها جناية . لها أرش مقدر فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد . وروى عن ابن مسعود أنه قال : تعاقل المرأة الرجل إلى نصف عشر الدية ، فإذا زاد على ذلك فهى على النصف ، لأنها تساويه فى الموضحة .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائى ، وهو نص يقدم على ما سواه . وقال ربيعة : قلت لسعيد بن المسيب : كم فى أصبع المرأة ؟ قال : عشر . قلت : ففى أصبعين ؟ قال : عشرون . قلت : ففى ثلاث أصابع ؟ قال : ثلاثون . قلت : ففى أربع ؟ قال : عشرون . قال قلت : لما عظمت

مصيبتها قل عقلها ؟ قال : هكذا السنة يا ابن أخى . وهكذا مقتضى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم » . رواه سعيد بن منصور ، ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن على ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ولأن ما دون الثلث يستوى فيه الذكر والأنثى بدليل الجنين فإنه يستوى فيه الذكر والأنثى فأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه ؟ على روايتين .

إحداهما : يستويان فيه ، لأنه لم يعتبر حد القلة ، ولهذا صحت الوصية به وروى أنهما يختلفان فيه ، وهو الصحيح لقوله عليه السلام « حتى يبلغ الثلث » وحتى للغاية ، فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى (حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ)[1] ولأن الثلث فى حد الكثرة لقوله عليه السلام « الثلث والثلث كثير » .

٦٨٥٢ فصل

فأما دية نساء سائر أهل الأديان فقال أصحابنا : تساوى دياتهن ديات رجالهم إلى الثلث لعموم قوله عليه السلام[2] « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » ولأن الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ، ويحتمل أن تساوى المرأة الرجل إلى قدر ثلث دية الرجل المسلم لأنه القدر الكثير الذى يثبت فيه التنصيف فى الأصل وهو دية المسلم .

٦٨٥٣ مسألة

قال : ﴿ ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغ ذلك ﴾ .

قد تقدم شرح هذه المسألة فيما مضى ، ولا فرق فى هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد . قال الخطابى : أجمع عوام الفقهاء[3] على أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فى جنايته والجناية عليه ، إلا إبراهيم النخعى ، فإنه قال فى المكاتب : يؤدى بقدر ما أدى من كتابته دية الحر وما بقى دية العبد . وروى فى ذلك شىء عن على رضى الله عنه ، وقد روى أبو داود فى سننه ، والإمام أحمد فى مسنده قال : حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبى عبد الله قال : حدثنى يحيى بن أبى كثير ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المكاتب يقتل أنه يودى ما أدى من كتابته دية الحر وما بقى دية العبد . قال الخطابى : وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخاً أو معارضاً بما هو أولى منه .

---

(١) سورة التوبه آية ٢٩ . (٢) أخرجه النسائى عن ابن عمرو جـ ٨ ص ٤٥ (ف)
(٣) فى ١٨ و ٣٩ : عامة الفقهاء .

٦٨٥٤ مســـألة

قال ﴿ ودية الجنين إذا سقط من الضربة ميتاً وكان من حرة مسلمة غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه كأنه سقط حياً ﴾ .

يقال : غُرَّةٌ عَبْدٌ ، بالصفة وغُرَّةُ عَبْدٍ بالإضافة ، والصفة أحسن ، لأن الغرة اسم للعبد نفسه . قال مهلهل :

كُلُّ قَتِيلٍ فِي كُلَيْبٍ غُرَّةٌ حتى ينالَ القَتْلَ إلا مُرَّةْ[1]

فى هذه المسألة فصول خمسة :

٦٨٥٥ أحـــدها

أن فى جنين الحرة المسلمة غرة ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب ، وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقد روى عن عمر رضى الله عنه : « أنه استشار الناس فى إملاص[2] المرأة فقال المغيرة بن شعبة : شهدت النبى صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمة . قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة » وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن دية جنينها عبد أو أمة . وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » متفق عليه ، والغرة عبد أو أمة ، سميا بذلك لأنهما من أنفس الأموال ، والأصل فى الغرة الخيار .

فإن قيل : فقد روى فى هذا الخبر « أو فرس[3] أو بغل » قلنا : هـذا لا يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه قاله أهل النقل ، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه « عبد أو أمة » .

فأما قول الخرقى : من حرة مسلمة . فإنما أراد أن جنين الحرة المسلمة لا يكون إلا حراً مسلماً ، فمتى كان الجنين حراً مسلماً ففيه الغرة ، وإن كانت أمه كافرة أو أمة مثل أن يتزوج المسلم كتابية ، فإن جنينها

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ٩ ص ٥٣٥ (إلى مرة) وفى طبعة الفقى (إلا مرة) — وفى الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٣٠ (آل مرة) وهو الصواب كما فى لسان العرب ج ٥ ص ١٨ والمعنى : كلهم ليسوا بكفء لكليب إنما هم بمنزلة العبيد والإماء إن قتلتهم حتى أقتل آل مرة فإنهم الأكفاء حينئذ (ف)

(٢) املاص المرأة : أن تضرب المرأة في بطنها فتلقى جنينها وقد وقع هذا فى البخارى فى كتاب الاعتصام باب ما جاء فى اجتهاد القضاه ج ٩ ص ١٢٦ والحديث فيه عن المغيرة بن شعبة (ف)

(٣) أخرجه الدارقطنى ج ٣ ص ١١٥ (ف)

منه محكوم بإسلامه ، وفيه الغرة ، ولا يرث منها شيئاً لأنه مسلم ، ولد السيد من أمته وولد المغرور من أمة حر ، وكذلك لو وطئت الأمة بشبهة فولدها حر ، وفيه الغرة ، فأما إن كان الجنين محكوماً برقة لم تجب فيه الغرة ، وسيأتى بيان حكمه ، وأما جنين الكتابية والمجوسية إذا كان محكوماً بكفره ففيه عشر دية أمه . وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى .

قال ابن المنذر : ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشرة دية أمه فكذلك جنين الكافرة ، إلا أن أصحاب الرأى يرون أن دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف ، فإن كان أبوا الجنين كافرين مختلفاً دينهما كولد الكتابى من المجوسية والمجوسى من الكتابية ، اعتبرناه بأكثرهما دية ، فلنوجب فيه عشر دية كتابية على كل حال ، لأن ولد المسلمة من الكافرة معتبر بأكثرهما دية ، كذا ههنا ، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الجنين ذكراً أو أنثى ، لأن للسنة لم تفرق بينهما ، وبه يقول الشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وعامة أهل العلم ولو ضرب بطن كتابية حاملا من كتابى فأسلم أحد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة فى قول ابن حامد والقاضى ، وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعى ، لأن الضمان معتبر بحال استقرار الجناية ، والجنين محكوم بإسلامه عند استقرارها ، وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب : فيه عشر دية كتابية ، لأن الجناية عليه فى حال الغرة ، وإن ضرب بطن أمة فأعتقت ثم ألقت الجنين فعلى قول ابن حامد والقاضى فيه غرة ، وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب فيه عشر قيمة أمه . لأن الجناية عليه فى حال كونه عبداً ، ويمكن منع كونه عبداً ، ويمكن منع كونه صار حراً ، لأن الظاهر تلفة بالجناية ، وبعد تلفه لا يمكن تحريره ، وعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده[1] ، وعلى قول ابن حامد للسيد أقل الأمرين من الغرة أو عشر قيمة أمه ، لأن الغرة إن كانت أكثر لم يستحق الزيادة ، لأنها زادت بالحرية الحاصلة بزوال ملكه ، وإن كانت أقل لم يكن له أكثر منها ، لأن النقص حصل بإعتاقه ، فلا يضمن له كما لو قطع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كان له أقل الأمرين من دية حر أو نصف قيمته ، وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين ، فأما إن ضرب بطن الأمة فأعتق السيد جنينها وحده نظرت ، فإن أسقطته لوقت يعيش مثله ففيه دية حر ، نص عليه أحمد ، وإن كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة . لأنه حر على قول ابن حامد . وعلى قول أبى بكر عليه عشر قيمة أمه . وإن أسقطته ميتاً ففيه عشر قيمة أمه ، لأننا لا نعلم كونه حياً حال إعتاقه ، ويحتمل أن تجب عليه الغرة ، لأن الأصل بقاء حياته فأشبه مالو أعتق أمه .

٦٨٥٦ الفصل الثانى

أن الغرة إنما تجب إذا سقط من الضربة . ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب ، أو ببقائها متألمة[2]

---

(١) فى ١٨ : عشر قيمة أمه . بعد : السيده .

(٢) فى ٢٩ : أو ببقاء الألم .

إلى أن يسقط ، ولو قتل حاملا لم يسقط جنينها ، أو ضرب من فى جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين ، وبهذا قال مالك ، وقتادة ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وحكى عن الزهرى : أن عليه الغرة ، لأن الظاهر أنه قتل الجنين ، فلزمته الغرة كما لو أسقطت .

ولنـا : أنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ، ولذلك لا تصح له وصية ولا ميراث ، ولأن الحركة يجوز أن تـكون لريح فى البطن سكنت ، ولا يجب الضمان بالشك ، فأما إذا ألقته ميتاً فقد تحقق [موته] والظاهر تلفه من الضربة ، فيجب ضمانه ، سواء ألقته فى حياتها أو بعد موتهـا ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : إن ألقته بعد موتها لم يضمنه ، لأنه يجرى مجرى أعضائها ، وبموتها سقط حكم أعضائها .

ولنا : أنه جنين تلف بجنايته ، وعلم ذلك بخروجه ، فوجب ضمانه كما لو سقط فى حياتها ، ولأنه لو سقط حياً ضمنه ، فـكذلك إذا سقط ميتاً ، كما لو أسقطته فى حياتها ، وما ذكروه ليس بصحيح ، لأنه لو كان كذلك لـكان إذا سقط ميتاً ثم ماتت لم يضمنه كأعضائها . ولأنه آدمى موروث فلا يدخل فى ضمان أمه ، كما لو خرج حياً . فأما إن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة ، وبه قال الشافعىّ ، وقال مالك وابن المنذر : لا تجب الغرة حتى تلقيه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما أوجب الغرة فى الجنين الذى ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئاً أشبه مالو لم يظهر منه شىء .

ولنـا : أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه . ويفارق مالو لم يظهر منه شىء ، لأنه لم يتيقن قتله ولا وجوده ، وكذلك إن ألقت يداً أو رجلا أو رأساً أو جزءاً من أجزاء الآدمى وجبت الغرة لأنا تيقنا أنه من جنين ، وإن ألقت رأسين أو أربع أيد ، لم يجب أكثر من غرة ، لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك ، لأن الأصل براءة الذمة وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر ، فإن أسقطت ماليس فيه صورة آدمى فلا شىء فيه ، لأنا لا نعلم أنه جنين . وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة ، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمى لو بقى تصور ففيه وجهان :

أحدهما : لاشىء فيه ، لأنه لم يتصور ، فلم يجب فيـه كالعلقة . ولأنـ الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك .

والثانى : فيه غرة ، لأنه مبتدأ خلق آدمى ، أشبه مالو تصور وهذا يبطل بالنطفة والعلقة .

٦٨٥٧ الفصل الثالث

أن الغرة عبد أو أمة ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال عروة ، وطاوس ، ومجاهد ، عبد أو أمة

أو فرس ، لأن الغرة اسم لذلك . وقد جاء فى حديث أبى هريرة قال : « قضى[1] رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل » وجعل ابن سـيرين مكان الفرس مائة شاة ، ونحوه قال الشعبى ، لأنه روى فى حديث عن النبى صلى الله عليـه وسلم أنه جعل فى ولدها مائة شاة . رواه أبو داود . وروى عن عبد الملك بن مروان أنه قضى فى الجنين إذا أملص بعشرين ديناراً فإذا كان مضغة فأربعين ، فإذا كان عظماً فستين . فإذا كان العظم قد كسى لحماً فثمانين ، فإن تم خلقه وكسى شعره فمائة دينار . قال قتادة : إذا كان علقة فثلث غرة ، وإذا كان مضغة فثلثى غرة .

ولنـا : قضاء رسول الله صلى الله عليـه وسلم فى إملاص المرأة بعبد أو أمة ، وسنة رسـول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ماخالفها . وذكر الفرس والبغل فى الحديث ، وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة ، فالظاهر أنه وهم فيه ، وهو متروك فى البغل بغير خلاف ، وكذلك فى الفرس ، وهذا الحديث الذى ذكرناه أصح ماروى فيه ، وهو متفق عليه . وقد قال به أكثر أهل العـلم ، فلا يلتفت إلى ماخالفه ، وقول عبد الملك بن مروان تحـكم بتقدير لم يرد به الشرع ، وكذلك [قول] قتادة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولهما .

إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة ، فإن أراد دفع بدلها ورضى المدفوع إليه جاز . لأنه حق آدمى ، فجاز ماتراضيا عليه ، وأيهما امتنع من قبول البدل فله ذلك ، لأن الحق فيهـا ، فلا يقبل بدلها إلا برضاها ، وتجب الغرة سالمة من العيوب وإن قل العيب ، لأنه حيوان وجب بالشرع ، فلم يقبل فيـه المعيب كالشاة فى الزكاة ، لأن الغرة الخيار ، والمعيب ليس من الخيار ، ولا يقبل فيها هرمة ولا ضعيفة ، ولا خنثى ولا خصى وإن كثرت قيمته ، لأن ذلك عيب . ولا يتقدر سنها فى ظاهر كلام الخرقى ، وهو قول أبى حنيفة وقال القاضى ، وأبو الخطاب ، وأصحاب الشافعى : لايقبل فيها من له دون سبع سنين ، لأنه يحتاج إلى من يكفله ويحضنه ، وليس من الخيار . وذكر بعض أصحاب الشافعى : أنه لايقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة ، لأنه لايدخل على النساء ، ولا ابنة عشرين لأنها تتغير وهذا تحـكم لم يرد الشرع به . فيجب أن لايقبل ، وما ذكروه من الحاجة إلى الـكفالة باطل بمن له فوق السبع ، ولأن بلوغه قيمة الـكبير مع صغره يدل على أنه خيار ، ولم يشهد لمـا ذكروه نص ، ولا له نظير يقاس عليه ، والشاب البالغ أكمل من الصبى عقلا وبنية ، وأقدر على التصرف ، وأنفع فى الخدمة وقضاء الحاجة ، وكونه لايدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات فلا حاجة إلى دخوله عليهن ، وإن أريد به سيدته فليس بصحيح . فإن الله تعـالى قال : (لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ * إلى قوله *

---

(١) سبق تخريجه .

لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلاَ عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْض) ، ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله ، وفوات شيء إلى ماهو أنفع منه لايعد فواتاً ، كمن اشترى بدرهم مايساوى عشرة لايعد فواتاً ولا خسراناً ، ولا يعتبر لون الغرة ، وذكر عن أبي عمرو ابن العلا ، أن الغرة لاتكون إلا بيضاء ، ولا يقبل عبد أسود ، ولا جارية سوداء .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعبد أو أمة ، وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم ، ولأنه حيوان يجب دية ، فلم يعتبر لونه كالإبل فى الدية .

٦٨٥٨ الفصل الرابع

أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية ، وهى خمس من الإبل ، وروى ذلك عن عمر ، وزيد ، رضى الله عنهما ، وبه قال النخعى ، والشعبى وربيعة ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، ولأن ذلك أقل ماقدره الشرع فى الجنايات ، وهو أرش الموضحة ، ودية السن ، فرددناه إليه .

فإن قيل . فقد وجب فى الأنملة ثلاثة أبعرة وثلث ، وذلك دون ماذكرتموه ، قلنا : الذى نص عليه صاحب الشريعة غرة قيمتها أرش الموضحة ، وهو خمس من الإبل ، وإذا كان أبو الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة فى المسلم : وفى جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهماً ، وإذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم ، لأنه موضع حاجة . وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها بأن تكون قيمتها خمساً من الإبل ، وخمسين ديناراً ، أو ستمائة درهم فلا كلام ، وإن اختلفت قيمة الإبل فنصف عشر الدية من غيرها ، مثل أن كانت قيمة الإبل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقى : أنها تقوم بالإبل ، لأنها الأصل ، وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق ، فجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم ، فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به ، وعلى أهل الورق به ، فإن كان من أهل الذهب والورق جميعاً قومها من هى عليه بماء شاء منهما ، لأن الخيرة إلى الجانى فى دفع ماشاء من الأصول ، ويحتمل أن تقوم بأدناها على كل حال لذلك ، وإذا لم يجد الغرة انتقل إلى خمس من الإبل على قول الخرقى ، وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين ديناراً ، أو ستمائة درهم .

٦٨٥٩ الفصل الخامس

أن الغرة موروثة عن الجنين ، كأنه سقط حياً ، لأنها دية له ، وبدل عنه ، فيرثها ورثته ، كما لو قتل بعد الولادة . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الليث : لاتورث ، بل تكون بدلَه لأمّه ، لأنه كعضو من أعضائها ، فأشبه يدها .

ولنا : أنها دية آدمى حر ، فوجب أن تـكون موروثة عنه ، كما لو ولدته حياً ثم مات . وقوله : إنه عضو من أعضائها لا يصح ، لأنه لو كان عضواً لدخل بدله فى دية أمه كيدها ، ولما منع من القصاص من أمه ، وإقامة الحد عليها من أجله ، ولما وجبت الـكفارة بقتله ، ولما صح عتقه دونها ، ولا عتقها دونه ، ولا تصور حياته بعد موتها ، ولأن كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحى ، فعلى هذا إذا أسقطت جنيناً ميتاً ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ، ثم يرثها ورثته . وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه . وإن خرج حياً ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ، ثم يرثها ورثتها . وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه ، وإن خرج حياً ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ، ثم خرج حياً ثم مات ورثها ، ثم يرثه ورثته . وإن اختلف وراثهما فى أولهما موتاً فحكمهما حكم الغرقى على ما ذكر فى موضعه ويجىء على قول الخرقى فى المسألة التى ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ، ويختصوا بميراثه ، وإن ألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم ألقت آخر حياً فى الميت غرة ، وفى الحى الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ، ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته إن مات . وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثانى فإن دية الأول ترث منها الأم والجنين الثانى ، ثم يصير ميراثه لورثته وإن ماتت الأم بعدهما ورثتهما جميعاً .

٦٨٦٠ فصـــــل

وإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففى كل واحد غرة ، وبهذا قال الزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . قال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه ضمان آدمى ، فتعدده كالديات . وإن ألقتهم أحياء فى وقت يعيشون فى مثله ثم ماتوا ففى كل واحدة دية كاملة . وإن كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً ففى الحى دية ، وفى الميت غرة .

٦٨٦١ فصـــــل

وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه ، نص عليه أحمد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد ، لما روى المغيرة بن شعبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة على عصبة القاتلة . وإن كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة . وقال الشافعى : تحمله العاقلة على كل حال ، بناء على قوله إن العاقلة تحمل القليل والـكثير ، والجناية على الجنين ليست بعمد ، لأنه لا يتحقق وجوده ليـكون مقصوداً بالضرب .

ولنا : أن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث على ما ذكرناه ، وهذا دون الثلث ، وإذا مات وحده أو من

جناية عمد فدية أمه على قاتلها ، فـكذلك ديته ، لأن الجناية لايحمل بعض ديتها الجـانى وبعضها غيره ، فيـكون الجميع على القاتل ، كما لو قطع عمداً فسرت الجناية إلى النفس .

٦٨٦٢ مســــألة

قال : ﴿ وإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه ، سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا كان جنين الأمة مملوكاً فسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر قيمة أمه ، هذا قول الحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وبنحوه قال النخعى ، والزهرى . وقال زيد بن أسلم : يجب فيه نصف عشر غرة ، وهو خمسة دنانير ، وقال الثورى ، وأبو حنيفه وأصحابه : يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكراً ، وعشر قيمته إن كان أنثى ، لأن الغرة واجبة فى جنين الحرة نصف عشر دية الرجل ، وعشر دية الأنثى ، وهذا متلف ، فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه ولأنه جنين مضمون تلف بالضربة ، فـكان فيه نصف عشر الواجب فيـه إذا كان ذكراً كبيراً ، وعشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة ، وقال محمد بن الحسن : مذهب أهل المدينة يفضى إلى أن[1] يجب فى الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حياً .

ولنا : أنه جنين مات بالجناية فى بطن أمه ، فلم يختلف ضمـانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة ، ودليلهم نقلبه عليهم فنقول : جنين مضمون تلف بالجنـاية ، فـكان الواجب فيه عشر مايجب فى أمه كجنين الحرة . وماذكره من مخالفة الأصل معارض بأن مذهبهم يفضى إلى تفضيـل الأنثى على الذكر ، وهو خلاف الأصول ، ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة ، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا ، لأننا اعتبرناه إذا كان ميتاً بأمه ، وإذا كان حيا بنفسه ، فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحى ، مع اختلاف الجهتين ، كما جاز أن يزيد البعض على الـكل فى أن من قطـع أطراف إنسان[2] الأربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها ، وهم فضـلوا الأنثى على الذكر مع اتحاد الجهة ، وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ، ونصف عشرها أخرى ، وهذا لانظير له .

إذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها ، وهذا منصوص الشافعى ، وقال بعض أصحابه : تقوم حين أسقطت ، لأن الاعتبار فى ضمان الجناية بالاستقرار . ويتخرج لنا وجه كذلك .

ولنـا : أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار مايوجب تغيير بدل النفس ، فـكان الاعتبار بحال الجناية ، كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لـكثرة الجلب ثم مات ، فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية ،

---

(١) فى ٣٩ : إلى أنه . (٢) فى ١٨ : الإنسان .

ولأن قيمتها تتغير بالجناية وتنقص ، فلم تقوم فى حال نقصها الحاصل بالجناية ، كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها ، أو قطع يدها فرضت بذلك ثم اندملت جراحتها .

٦٨٦٣ فصــــل

وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة ، وأم الولد إذا حملت من غير مولاها ، حكم ولد الأمة ، لأنه مملوك ، ولا تحمل العاقلة شيئاً من ذلك لأن العاقلة لا تحمل عبداً بحال . فأما جنين المعتق بعضها فهو كهى ، فيه من الحرية مثل ما فيها ، فإذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته ، وفى النصف الباقى نصف عشر قيمة أمه لسيده .

٦٨٦٤ فصــــل

وإن وطىء أمة بشبهة ، أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها ، فضربها ضارب . فألقت جنيناً فهو حر ، وفيه غرة موروثة عنه لورثته ، وعلى الواطىء عشر قيمتها لسيدها ، لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه ، فلما انعتق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر ، فألزمناه ذلك للسيد ، سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل .

٦٨٦٥ فصــــل

إذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمى فى طهر واحد وجب فيه اليقين ، وهو ما فى جنين الذمى ، فإن ألحق بعد ذلك بالذمى فقد وفى ما عليه ، وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة ، وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت وادعت أو ادعى ورثته أنه من مسلم حملت به من وطء شبهة أو زنا ، فاعترف الجانى ، فعليه غرة كاملة وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترف أيضاً فالغرة عليها ، وإن أنكرت حلفت وعليها ما فى جنين الذميين ، والباقى على الجانى فالغرة عليها مع دية أمه ، وإن أنكر الجانى والعاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم : أننا لا نعلم أن هذا الجنين من مسلم ، ولا تلزمهم اليمين على البت ، لأنها يمين على النفى فى فعل الغير ، فإذا حلفوا وجبت دية ذمى ، لأن الأصل أن ولدها تابع لها ، ولأن الأصل براءة الذمة . وإن كان مما لا تحمله العاقلة فالقول قول الجانى وحده مع يمينه ، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجانى أن الجنين من ذمى بوطء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين ، لأن الجنين محكوم بإسلامه ، فإن الولد للفراش .

٦٨٦٦ فصــــل

وإذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة ، لأنه أتلف

آدمياً ، ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ، ويسقط ضمان نصيبه لأنه ملـكه ، وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم أسقطت عتق نصيبه منها . ومن ولدها ، وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم ، وعليه نصف غرة من أجل النصف الذى صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ، ترث أمه منه بقدر مافيها من الحرية ، والباقى لباقى ورثته .

هذا قول القاضى وقياس قول أبى بكر وأبى الخطاب ، لايجب[1] على الضارب ضمان ما أعتقه ، لأنه حين الجناية لم يـكن مضموناً عليه ، والاعتبار فى الضمان بحال الجناية ، وهى الضرب ، ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وهذا أصح إن شاء الله ، لأن الإتلاف حصل بفعل غير مضمون ، فأشبه مالو جرح حربياً فأسلم ثم مات بالسراية ، ولأن موته يحتمل أن يـكون قد حصل بالضرب ، فلا يتجدد ضمانه بعد موته ، والأصل براءة ذمته . وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليها وإلى جنينها ، وفى الضمان الوجهان . فعلى قول القاضى فى الجنين غرة موروثه عنه ، وعلى قياس قول أبى بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ، ولا يضمن أمه ، لأنه قد ضمنها بإعتاقها فلا يضمنها بتلفها . وإن كان المعتق الشريك الذى لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك فى نصيبه ، لأن العتق لم يسر إليه ، وعليه فى نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه ، يكون لسيده اعتباراً بحال الجنـاية . وكذلك الحـكم فى ضمان الأم إذا ماتت من الضربة ، وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليهما وصارا حرين ، وعلى المعتق ضمان نصف الأم ، ولا يضمن نصف الجنين ، لأنه يدخل فى ضمان الأم كما يدخل فى بيعها ، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه ، وليس عليه ضمان نصيبه ، لأنه ملـكه حال الجناية عليه ، وأما ضمان الأم ففى أحـد الوجهين فيها دية حرة ، لسيدها منهـا أقل الأمرين من ديتهـا أو قيمتها ، وعلى الآخر يضمنها بقيمتهـا لسيدها كما تقدم فيمن[2] قطع يد عبد ثم أعتق ومات .

٦٨٦٧ فصـــــل

ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنيناً ميتاً لم يضمنه فى قياس قوو أبى بـكر ، لأن جنايته لم تـكن مضمونة فى ابتدائها ، فلم يضمن سرايتها كما لو جرح مرتداً فأسلم ثم مات ، ولأن موت

(١) فى ٢٨ : ألا يجب .
(٢) فى المطبوعة : من قطع . ومافى ١٨ أوضح .

الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة فى مملوكه ، ولم يتجدد بعد العتق مايوجب الضمان : وعلى قول ابن حامد عليه غرة لايرث منها شيئاً ، لأن اعتبار الجناية بحال استقرارها . ولو كانت الأمة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معا فوضعت جنيناً ميتاً ، فعلى قول أبى بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه ، لأن كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له ، فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذى لشريكه بنصف عشر قيمة أمه ، اعتباراً بحال الجناية ، وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما الغرة ، للأم منها الثلث ، وباقيها للورثة ، ولا يرث القاتل منها شيئاً .

٦٨٦٨ فصل

إذا ضرب ابن المعتقة الذى أبوه عبد بطنَ امرأة ، ثم أعتق أبوه ، ثم أسقطت جنيناً وماتت ، احتمل أن تكون ديتهما فى مال الجانى على ماتقدم ذكره ، واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته فى قياس قول أبى بكر ، اعتباراً بحال الجناية ، وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الأب وأقاربه ، اعتباراً بحال الإسقاط ؛ وإن ضرب ذمى بطن امرأته الذمية ثم أسلم ، ثم أسقطت ، لم تحمله عاقلته ، وإن ماتت معه فكذلك ، لأن عاقلته المسلمين لايعقلون عنه ، لأنه كان حين الجناية ذمياً ، وأهل الذمة لايعقلون عنه ، لأنه حين الإسقاط مسلم ، ويحتمل أن يكون عقله فى قياس قول أبى بكر على عاقلته من أهل الذمة اعتباراً بحال الجناية ، ويكون فى الجنين مايجب فى الجنين الكافر ، لأنه حين الجناية محكوم بكفره ، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة ، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتباراً بحال الاستقرار .

٦٨٦٩ مسألة

قال : ﴿ وإن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حراً ، أو قيمته إن كان مملوكاً ، إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله ، وهو أن يكون لستة أشهر فصاعدا ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن فى الجنين يسقط حياً من الضرب دية كاملة . منهم : زيد بن ثابت ، وعروة ، والزهرى ، والشعبى ، وقتادة ، وابن شبرمة ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته ، فى وقت يعيش لمثله ، فأشبه قتله بعد وضعه . وفى هذه المسألة ثلاثة فصول :

٦٨٧٠ أحدها

أنه إنما يضمن بالدية إذا وضعته حياً ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم ، سواء ثبتت باستهلاله ،

أو ارتضاعه ، أو تنفسه ، أو عطاسه ، أو غيره من الأمارات التى تعلم بها حياته . هذا ظاهر قول الخرقى . وهو مذهب الشافعى وروى عن أحمد : أنه لايثبت له حكم الحياة إلابالاستهلال وهذا قول الزهرى ، وقتادة ، ومالك ، وإسحاق ، وروى معنى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وابن عباس ، والحسن بن على ، وجابر رضى الله عنهم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا استهل[1] المولود ورث وورث » مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل . والاستهلال : الصياح . قاله ابن عباس ، والقاسم ، والنخعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال :[2] « ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخاً إلا مريم وابنها » فلايجوز غير ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم . والأصل فى تسمية الصياح استهلالا أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضاً ، فسمى صياح المولود استهلالا ، لأنه فى ظهوره بعد خفائه كالهلال ، وصياحه كصياح من يتراءاه .

ولنا : أنه علمت حياته ، فأشبه المستهل ، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم فى سائر الصور ، لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه ، وعطاسه صوت منه ، كصياحه وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر ، وهو خروجه من مضيق ، فإن اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك ، فلم تثبت بذلك حياته .

٦٨٧١ الفصل الثانى

أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ، ويحصل ذلك بسقوطه فى الحال ، وموته متألماً إلى أن يموت ، أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه ، فيعلم بذلك موته بالجناية ، كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه . أو بقى ضمناً حتى مات . وإن ألقته حياً فجاء آخر فقتله وكان فيه حياة مستقرة فعلى الثانى القصاص إذا كان عمداً ، أو الدية كاملة ، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول ، وعليه الدية كاملة ، وعلى الثانى الأدب . وإن وقع الجنين حياً ثم بقى زمناً سالماً لا ألم به لم يضمنه الضارب ، لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته .

٦٨٧٢ الفصل الثالث

أن الدية الكاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً . فإن كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط متألماً ، وبهذا قال المزنى ، وقال الشافعى : فيه دية كاملة ، لأننا علمنا حياته ، وقد تلفت من جنايته .

---

(١) أخرجه أبو داود عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ (إذا استهل المولود ورث ، بالبناء للمجهول وروى النسائى عن جابر بلفظ « الصبى إذا استهل ورث وصلى عليه » (ف)

(٢) أخرجه أحمد ومسلم عن أبى هريرة (ف)

والثانى : أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها ، فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتاً ، وكالمذبوح . وقولهم : إننا علمنا حياته . قلنا : وإذا سقط ميتاً وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضاً .

٦٨٧٣ فصـــل

وإذا ادعت امرأة على إنسان أنه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الضرب . وإن أقر بالضرب أو قامت به بينة وأنكر أن تكون أسقطت فالقول قوله أيضاً مع يمينه ، لأنه لا يعلم أنها أسقطت ، ولا تلزمه اليمين على البت ، لأنها يمين على فعل الغير ، والأصل عدمه ، وإن ثبت الإسقاط والضرب ببينة أو إقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربة نظرنا ، فإن كانت أسقطت[1] عقيب ضربه فالقول قولها ، لأن الظاهر أنه منه ، لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سبباً له ، وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها لحصل الاسقاط به فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن أسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فإن كانت متألمة إلى حين الإسقاط فالقول قولها ، وإن لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه ، كما لو ضرب إنساناً فلم يبق متألماً ولا ضمناً ومات بعد أيام . وإن اختلفا فى وجود التألم فالقول قوله ، لأن الأصل عدمه ، وإن كانت متألمة فى بعض المدة فادعى أنها برئت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها ، لأن الأصل بقاؤه.

وإن ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حياً وأنكرها فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن تقوم لها بينة باستهلاله ، لأن الأصل عدم ذلك ، وإن ثبت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله وأنكرها فالقول قولها مع يمينها ، لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها ، ولا يمكن إقامة البينة عليه ، فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ، ووجود حيضها وطهرها . وإن أقامت بينة باستهلاله وأقام الجانى بينة بعدم استهلاله قدمت بينتها ، لأنها مثبتة ، فتقدم على النافية ، لأن المثبتة معها زيادة علم .

وإن ادعت أنه مات عقيب إسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها ، لأن الأصل عدم حياته . وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجانى ، لأن معها زيادة علم ، وإن ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقى متألماً حتى مات وأنكر ذلك فالقول قوله ، لأن الأصل عدم التألم ، وإن أقاما بينتين قدمت بينتها ، لأن معها زيادة علم ، ويقبل فى استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألماً وبقاء أمه متألمة قول امرأة واحدة ، لأنه مما لا يطلع عليه الرجال ، فإن الغالب أنه لا يشهد الولادة إلا النساء ، والاستهلال يتصل بها ، وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ، ويعرفن علله وأمراضه ، وقوته

---

(١) فى ١٨ أسقطته .

وضعفه دون الرجال . وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة لم تحمله العاقلة ، وكانت الدية في مال الجاني ، لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً ، وإن كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقلة غرة ، وباقي الدية في مال القاتل .

٦٨٧٤ فصـــل

وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك ، واختلفوا في المستهل ، فقال الجاني : هو الأنثى ، وقال وارث الجنين : هو الذكر ، فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاستهلال من الذكر ، وبراءة ذمته من الزائد على دية الأنثى ، فإن كان لأحدهما بينة قدم بها . وإن كان لكل واحد منهما بينة وجبت دية الذكر ، لأن البينة قد قامت باستهلاله ، والبينة المعارضة لها نافية له ، والإثبات مقدم على النفي .

فإن قيل . فينبغي أن تجب دية الذكر والأنثى ، قلنا : لا تجب دية الأنثى ، لأن المستحق لها لم يدعها ، وهو مكذب للبينة الشاهدة بها ، وإن ادعى الاستهلال منهما ثبت ذلك بالبينتين ، وإن لم تكن بينة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإذا حلفوا كانت عليهم دية الأنثى وغرة إن كانت تحمل الغرة ، وعلى الضارب تمام دية الذكر ، وهو نصف الدية ، لا تحمله[1] العاقلة لأنه ثبت باعترافه وإن اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لأنها متيقنة ، وتمام دية الذكر مشكوك فيه ، والأصل براءة الذمة منه ، فلم يجب بالشك ، وتجب الغرة في الذي لم يستهل .

٦٨٧٥ فصـــل

إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنيناً فإن كان إلقاؤهما متقارباً أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين ، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه ما لو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه ثم إن كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لا يعيش لمثله ففيه غرة وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وإن بقي حياً فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت . وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يسأل القوابل ، فإن قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة ، وإن قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية .

ولنا : أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حياً قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق ، في أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر ، وأقل ما يبقى بعد

---

(١) في ١٨ : تحمله .

ذلك شهران ، لأنه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستـة أشهر ، والـكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها ، فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه ، وأما إن ألقت اليد وزال الألم ثم ألقت الجنين ضمن اليد وحدها ، بمنزلة من قطع يداً ، فاندملت ثم مات صاحبها ، ثم نظر فإن ألقته ميتاً أو لوقت لا يعيش مثله ففي اليد نصف غرة ، لأن في جميعـه غرة ، ففي يده نصف ديته ، وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ثم مات أو عاش ، وكان بين إلقاء اليد وبين إلقائه مدة يحتمل أن تـكون الحياة لم تخلق فيها أرى القوابل هاهنا ، فإن قلن : إنها يد من لم تخلق فيه الحيـاة وجب نصف غرة ، وإن قلن : إنها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستة أشهر ففيه نصف الدية ، وإن قيل : إنها يد من خلقت فيه الحيـاة ، ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة ، لأنها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة ، فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح . وإن أشكل الأمر عليهن وجب نصف الغرة ، لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيـه ، فلا يجب بالشك .

٦٨٧٦ مســـألة

قال : ﴿ وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة ، سواء كان الجنين حياً أو ميتاً ﴾ .

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعطاء ، والزهرى ، والحـكم ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق . قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضارب بطن المرأة تلقى[1] جنيناً الرقبة مع الغرة . وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه . وقال أبو حنيفة : لا تجب الـكفارة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوجب الـكفارة حين أوجب الغرة .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَة)[2] ، وقال : (وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) ، وهـذا الجنين إن كان من مؤمنين أو أحد أبويه [مؤمنين][3] فهو محكوم بإيمانه تبعاً [له][4] يرثه ورثتـه المؤمنون ، ولا يرث الـكافر منه شيئاً ، وإن كان من أهـل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق ، ولأنه نفس مضمون بالدية فوجبت فيه الرقبة كالـكبير ، وترك ذكر الـكفارة لا يمنع وجوبها ، كقوله عليه السلام : « فى النفس[5] المؤمنة مائة من الإبل » ، وذكر الدية فى مواضع ، ولم يذكر الـكفارة ، ولأن النبى صلى

---

(١) فى ٢٩ : إذا ألقت .
(٢) سورة النساء آية ٩٢ .
(٣) الزيادة من ١٨
(٤) الزيادة من ١٨ .
(٥) سبق تخريجه (ف)

الله عليه وسلم قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ، ولم يذكر كفارة ، وهي واجبة ، كذا هاهنا ، وإنما كان كذلك لأن الآية أغنت من ذكر الكفارة في موضع آخر ، فاكتفى بها ، وإن ألقت المضروبة أجنة ففي كل جنين كفارة ، كما أن في كل جنين غرة أو دية ، وإن اشترك جماعة في ضرب امرأة ، فألقت جنيناً فديته أو الغرة عليهم بالحصص ، وعلى كل واحد منهم كفارة ، كما إذا قتل جماعة رجلا واحداً ، وإن ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص ، وعلى كل واحد في كل جنين كفارة ، فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات ، على كل واحد ثلاثة .

٦٨٧٧ مسـألة

قال : ﴿ وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنيناً فعليها غرة ، لا ترث منها شيئاً ، وتعتق رقبة ﴾ .

ليس في هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه ، إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ماقدمنا ، وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها ، فلزمها ضمانه بالغرة ، كما لو جنى عليه غيرها ، ولا ترث من الغرة شيئاً ، لأن القاتل لا يرث المقتول ، وتكون الغرة لسائر ورثته ، وعليها عتق رقبة كما قدمنا ، ولو كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئاً ، ويعتق رقبة وهذا قول الزهري والشافعي وغيرهما .

٦٨٧٨ فصـل

وإن جنى على بهيمة فألقت جنينها ففيه مانقصها في قول عامة أهل العلم . وحكي عن أبي بكر : أن فيه عشر قيمة أمه ، لأنه جناية على حيوان يملك بيعه أسقطت جنينه ، أشبه جنين الأمة ، وهذا لا يصح ، لأن الجناية على الأمة تقدر من قيمتها ، ففي يدها نصف قيمتها ، وفي موضحتها نصف عشر قيمتها يقدر[1] جنينها من قيمتها كبعض أعضائها ، والبهيمة إنما يجب في الجناية عليها قدر نقصها ، فكذلك في جنينها ، ولأن الأمة آدمية ألحقت بالأحرار في تقدير أعضائها من ديتها ، والبهيمة بخلاف ذلك .

٦٨٧٩ مسـألة

قال : ﴿ وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلا ، فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية ، وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة في ماله ﴾ .

أما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، لأن كل واحد منهم مشارك في إتلاف آدمي معصوم ، والكفارة لا تتبعض ، فكملت في حق كل واحد منهم ، ثم لا يخلو من حالين :

---

(١) في ١٨ و٢٩ : ويقدر جنينها .

(أحدها : أن يقتل واحداً منهم)[1] .

والثانى[2] : أن يقتل واحداً من غيرهم ، فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا ، والدية على عواقلهم أثلاثاً ، لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد ، سواء قصدوا رمى واحـد بعينه ، أو رمى جماعة ، أو لم يقصدوا ذلك ، إلا أنهم إن لم يقصدوا قتل آدمى معصوم ، فهو خطأ ديته دية الخطأ ، وإن قصدوا رمى جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد ، لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لايكاد يفضى إلى إتلافه فتـكون ديته مغلظة على العاقلة ، إلا أنها فى ثلاث سنين وعلى قول أبى بكر لاتحمل العاقلة دية شبه العمد ، فلا تحمله هاهنا .

والثانى : [3]أن يصيب رجلا منهم ، فعلى كل واحد كفارة أيضاً ، ولا تسقط عمن أصابه الحجر ، لأنه شارك فى قتل نفس مؤمنة ، والـكفارة إنما تجب لحق الله تعالى ، فوجبت عليـه بالمشاركة فى نفسه ، كوجوبها بالمشاركة فى قتل غيره . وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول ، لأن كل واحد منهم مشارك فى قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب ، وهذا ينبنى على إحدى الروايتين فى أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ ، يحمل عقلها عاقلته .

الوجه الثانى : ماقابل فعل المقتول ساقط لايضمنه أحد ، لأنه شارك فى إتلاف حقه ، فلم يضمن ماقابل فعله ، كما لو شارك فى قتل بهيمته أو عبده ، وهـذا الذى ذكره القاضى فى المجرد ، ولم يذكر غيره ، وهو مذهب الشافعى .

الثالث : أن يلغى فعل المقتول فى نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسألة المتصادمين ، والذى ذكره القاضى أحسن وأصح فى النظر ، وقد روى نحوه عن على رضى الله عنه فى مسألة القـارصة والقامصة والواقصة . قال الشعبى : وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن[4] فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت[5] فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت ، فرفع ذلك إلى على رضى الله عنـه فقضى بالدية أثلاثاً على عواقلهن وألغى الثلث الذى قابل فعل الواقصة ، لأنها أعانت على قتل نفسها ، وهذه شبيهة بمسألتنا ، ولأن المقتول مشارك فى القتل ، فلم تكمل الدية على شريكيه ، كما لو قتلوا واحداً من غيرهم ، وإن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلهما أثلاثاً ، وعلى كل واحد كفارتان ، وعلى الوجه الثانى تجب

---

(١) مابين الحاصرين سقط من ١٨ . (٢) فى ١٨ : الأوى .
(٣) هذا هو الحال الثانى الذى ذكره المؤلف وسقط من ١٨ .
(٤) كلمة (فارن) محذوفة من شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٠٣ والـكلام يتم بدونها (ف)
(٥) أى اضطربت بشدة فألقت ماعليها .

على عاقلة الحى منهم لكل ميت ثلث ديته ، وعلى عاقلة واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ، ويلغى فعله في نفسه ، وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحى لكل واحد من الميتين نصف الدية ، ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه .

٦٨٨٠ مســـألة

قال : ﴿ وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم ﴾ .

هذا هو الصحيح في المذهب ، سواء كان المقتول منهم ، أو من غيرهم ، إلا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول في نفسه هدراً ، لأنه لا يجب عليه لنفسه شيء ، ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالا ، لأن التأجيل في الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة ، وهذا لا تحمله العاقلة ، لأنها لا تحمل مادون الثلث ، والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث ، وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى : أن العاقلة تحملها ، لأن الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث ، والصحيح هو الأول ، لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه ، وحمل العاقلة إنما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق ويثقل ، وما دون الثلث يسير على ماأسلفناه ، والذى يلزم كل واحد أقل من الثلث ، وأما قوله : إنه فعل واحد ، قلنا : بل هى أفعال ، لأن فعل كل واحد غير فعل الآخر ، وإنما موجب الجميع واحد ، فأشبه مالو جرحه كل واحد جرحاً ، فمات النفس بجميعها .

إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة وأمسك الخشبة اعتباراً بالمباشر ، كمن وضع سهماً في قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامى دون الواضع .

٦٨٨١ فصـــل

إذا سقط رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه ، لأنه قتله فضمنه كالو رمى عليه حجراً ، ثم ينظر . فإن كان عمد رمى نفسه عليه ، وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص ، وإن كان مما لا يقتل غالباً فهو شبه عمد ، وإن وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففة ، وإن مات الثانى بوقوعه على الأول فدمه هدر ، لأنه مات بفعله ، وقد روى على بن رباح[1] اللخمى : أن رجلا كان يقود أعمى فوقع في بئر ، فخر[2] البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله ، فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد في الموسم :

يا أيها النـــاس لقيتُ مُنكَراً   هل يعقل الأعمى الصحيح المُبصِرا ؟
* خرَّا معاً كلاهما تكسَّرا *

(١) أخرجه الدارقطنى ص ٢٣ طبع الهند ، ج ٣ ص ٩٨ طبعة القاهرة (ف)
(٢) في المطبوعة : خر البصير ، وما في ١٨ أوضح .

وهذا قول ابن الزبير ، وشريح ، والنخعي ، والشافعي ، وإسحاق . ولو قال قائل[1] : ليس على الأعمى ضمان البصير ، لأنه الذي قاده إلى المكان الذي وقعا فيه ، وكان سبب وقوعه عليه ، ولذلك لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف ، وكان عليه ضمان الأعمى ، ولو لم يكن سبباً لم يلزمه ضمان بقصده لكان له وجه ، إلا أن يكون مجمعاً عليه فلا تجوز مخالفة الإجماع ، ويحتمل أنه إنما لم يجب الضمان على القائد لوجهين :

أحدهما : أنه مأذون فيه من جهة الأعمى ، فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئراً فى داره بإذنه فتلف بها .

الثانى : أنه فعل مندوب إليه مأمور به ، فأشبه ما لو حفر بئراً فى سابلة ينتفع بها المسلمون ، فإنه لا يضمن ما تلف بها .

٦٨٨٢ فصـــل

فإن سقط رجل فى بئر فتعلق بآخر فوقعا معاً فدم الأول هدر ، لأنه مات من فعله وعلى عاقلته دية الثانى إن مات ، لأنه قتله بجذبته فإن تعلق الثانى بثالث فماتوا جميعاً فلا شىء على الثالث ، وعلى عاقلة الثانى ديته فى أحد الوجهين ، لأنه جذبه وباشره بالجذب ، والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع . والثانى ديته على عاقلة الأول والثانى نصفين ، لأن الأول جذب الثانى الجاذب للثالث ، فصار مشاركا للثانى فى إتلافه .

ودية الثانى على عاقلة الأول فى أحد الوجهين ، لأنه هلك بجذبته . وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول ، وجذبة نفسه للثالث ، فسقط فعل نفسه كالمصطدمين ، وتجب ديته بكمالها على الأول ، ذكره القاضى .

والوجه الثانى : يجب على الأول نصف ديته ويهدر نصفها فى مقابلة فعل نفسه ، وهذا مذهب الشافعى ، ويتخرج وجه ثالث وهو : وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته ، كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم ، وأما الأول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة ، لأنه مات من جذبته وجذبة الثانى للثالث ، فتجب ديته كلها على عاقلة الثانى ، ويلغى فعل نفسه على الوجه الأول ، وعلى الثانى يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ، ويجب نصفها على الثانى ، وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته . وإن جذب الثالث رابعاً فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شىء على الرابع ، لأنه لم يفعل شيئاً فى نفسه ولا غيره ، وفى ديته وجهان :

---

(١) لم يذكر ما يفيد الرد على قول القائد .

أحدها : أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه .

والثانى : على عاقلة الأول والثانى والثالث ، لأنه مات من جذب الثلاثة ، فكانت ديته على عواقلهم ، وأما الأول فقد مات بجذبته وجذبة الثانى . وجذبة الثالث ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يلغى فعل نفسه ، وتجب ديته على عاقلة الثانى والثالث نصفين . الثانى : يجب على عاقلتهما ثلثاها ، ويسقط ما قابل فعل نفسه . الثالث : يجب ثلثها على عاقلته لورثته ، وأما الجاذب الثانى فقد مات بالأفعال الثلاثة ، وفيه هذه الأوجه المذكورة فى الأول سواء . وأما الثالث ففيه مثل هذه الأوجه الثلاثة ووجهان آخران .

أحدهما : أن ديته بكمالها على الثانى ، لأنه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله .

والثانى : أن على عاقلته نصفها ، ويسقط النصف الثانى فى مقابلة فعله فى نفسه .

٦٨٨٣ فصــــل

وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فإن كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقاً يموت الواقع فيه بنفس الوقوع ، أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله ، أو أسد يأكلهم ، فليس على بعضهم ضمان بعض ، لعدم تأثير فعل بعضهم فى هلاك بعض ، وإن شككنا فى ذلك لم يضمن بعضهم بعضاً ، لأن الأصل براءة الذمة ، فلا نشغلها بالشك ، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر ، لأن غيره لم يفعل فيه شيئاً ، وإنما هلك بفعله ، وعليه دية الثالث ، لأنه قتله بوقوعه عليه ، ودية الثانى عليه . وعلى الثالث نصفين ، ودية الأول على الثلاثة أثلاثاً .

٦٨٨٤ فصــــل

وإن هلكوا بأمر فى البئر ، مثل أسد كان فيه ، وكان الأول جذب الثانى والثانى جذب الثالث ، والثالث جذب الرابع ، فقتلهم الأسد فلا شىء على الرابع ، وديته على عاقلة الثالث فى أحد الوجهين ، وفى الثانى على عواقل الثلاثة أثلاثا . ودم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثانى ، وأما دية الثالث فعلى الثانى فى أحد الوجهين وفى الآخر على الأول والثانى نصفين ، وهذه المسألة تسمى مسألة الزبية وقد روى حنش الصنعانى أن قوماً من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانياً فجذب الثانى ثالثاً ثم جذب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد فرفع ذلك إلى على رضى الله عنه فقال للأول ربع الدية لأنه هلك فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال فإنى أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك إلى النبى صلى الله «هو كما قال» رواه سعيد بن منصور قال حدثنا

أبو عوانة وأبو الأحوص عن سماك بن حرب عن حنش بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب : فذهب أحمد إلى ذلك توقيفاً على خلاف القياس والقياس ما ذكرناه .

٦٨٨٥ **فصـــل**

ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا حفر بئراً فى طريق لغير مصلحة المسلمين أو فى ملك غيره بغير إذنه أو وضع فى ذلك حجراً أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو دابة ضمنه لأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه ، روى عن شريح أنه ضمن رجلا حفر بئراً فوقع فيها رجل فمات ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه وبه قال النخعى والشعبى وحماد والثورى والشافعى وإسحاق ، وإن وضع رجل حجراً وحفر آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فوقع فى البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين لأن واضع الحجر كالدافع له ، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده ، وبهذا قال الشافعى . ولو وضع رجل حجراً ثم حفر عنده آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا . واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين لأن فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه إنسان وأماله آخر فسال مافيه كان الضمان على الآخر منهما ، وإن وضع إنسان حجراً أو حديدة فى ملكه ، أو حفر فيه بئراً فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به ، فلا ضمان على المالك ، لأنه لم يتعد ، وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه ، وإن وضع حجراً فى ملكه ونصب أجنبى فيه سكيناً أو حفر بئراً بغير إذنه ، فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو فى البئر ، فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما ، إذ لم[1] يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه ، وإن اشترك جماعة فى عدوان تلف به شىء فالضمان عليهم ، وإن وضع اثنان حجراً وواحد حجراً فعثر بهما إنسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثاً فى قياس المذهب . وهو قول أبى يوسف ، لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثاً ، فوجب الضمان عليهم وإن اختلفت أفعالهم ، كما لو جرحه واحد جرحين ، وجرحه اثنان جرحين ، فمات بهما . وقال زفر على الاثنين النصف ، وعلى واضع الحجر وحده النصف ، لأن فعله مساو لفعلهما . وإن حفر إنسان بئراً ونصب آخر فيها سكيناً فوقع إنسان فى البئر على السكين فمات فقال ابن حامد : الضمان على الحافر ، لأنه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التى قبلها . ونص أحمد رحمه الله على : أن الضمان عليهما ، قال أبو بكر : لأنهما فى معنى الممسك ، والقاتل الحافر كالممسك ، وناصب السكين كالقاتل ، فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين فى المسائل السابقة .

(١) فى المطبوعة : إذا لم يتعلق . وما فى ١٨ أوضح .

٦٨٨٦ فصـــل

وإن حفر بئراً فى ملك نفسه أو فى ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه ، لأنه غـير متعد بحفرها ، وإن حفرها فى موات لم يضمن ، لأنه غير متعد بحفرها ، وكذلك إن وضع حجراً أو نصب شركاً أو شبكة أو منجلا ليصيد بها ، وإن فعل شيئاً من ذلك فى طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به ، لأنه متعد ، وسواء أذن له الإمام فيه أو لم يأذن ، فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين ، ولو فعـل ذلك الإمام لضمن ماتلف به لتعديه ، وإن كان الطريق واسعاً فحفر فى مكان منها مايضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك ، وإن حفر فى موضع لاضرر فيه نظرنا فإن حفرها لنفسه ضمن ماتلف بها ، سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه ، وقال أصحاب الشافعى : إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن ، لأن للإمام أن يأذن فى الانتفاع بمالاضرر فيه ، بدليل أنه يجوز أن يأذن فى القعود فيه ويُقْطعه لمن يبيع فيه .

ولنا : أنه تلف بحفر حفرة فى حق مشترك بغير إذن أهـله لغير مصلحتهم ، فضمن كما لو لم يأذن له الإمام ، ولا نسلم أن للإمام أن يأذن فى هذا ، وإنما يأذن فى القعود ، لأن ذلك لايدوم ، وتمـكن إزالته فى الحال ، فأشبه القعود فى المسجد ، ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام ، بخلاف الحفر ، وإن حفر البئر لنفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق ، أو لتشرب منه المارة ونحوها ، فلاضمان عليه ، لأنه محسن بفعله ، غير متعد بحفره ، فأشبه باسط الحصير فى المسجد ، وذكر بعض أصحابنـا أنه لايضمن إذا كان بإذن الإمام ، وإن كان بغير إذنه ففيه روايتان :

إحداهما : لايضمن ، فإن أحمد قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم : إذا أحدث بئراً لماء المطر ففيه نفع المسلمين[1] ، أرجو أن لا يضمن .

والثانية : يضمن ، أومأ إليه أحمد ، لأنه ، افتات على الإمام ، ولم يذكر القاضى سوى هذه الرواية، والصحيح هو الأول ، لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ، ويشق استئذان الإمام فيه ، وتعم البلوى به ، ففى وجوب استئذان الإمام فيه تفويت لهذه المصلحه العامة ، لأنه لايكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه، وكلفة الحفر معاً ، فتضيع هذه المصلحة ، فوجب إسقاط استئذانه كما فى سائر المصالح العامة ، من بسط حصير فى مسجد ، أو تعليق قنديل فيه ، أو وضع سراج ، أو رم شعث فيه ، وأشباه ذلك .

وحكم البناء فى الطريق حكم الحفر فيها على ماذكرنا من التفصيل والخلاف ، وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لـكونه فى طريق ضيق ، أو فى واسع يضر بالمـارة ، أو بنى لنفسه ، فقد تعدى ويضمن ماتلف

(١) فى ٢٩ : لنفع المسلمين . . .

به وإن بنى فى طريق واسع فى موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه فى زاوية ونحوها فلا ضمان عليه ، وسواء فى ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن ، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فى البناء لنفع المسلمين دون الحفر ، لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها ، وإزالة الطين والماء منها ، بخلاف البناء ، فجرى حفرها مجرى تنقيتها ، وحفر هدفة منها ، وقلع حجر يضر بالمارة ، ووضع الحصا فى حفرة منها ليملأها وبسهلها بإزالة الطين ونحوه منها ، وتسقيف ساقية فيها ، ووضع حجر فى طين فيها ، ليطأ الناس عليه ، أو يعبروا عليه ، فهذا كله مباح لا يضمن ماتلف به . لا أعلم فيه خلافاً ، وكذلك ينبغى أن يكون فى بناء القناطر ، ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام ، لأن مصلحته لا يعم وجودها ، بخلاف غيره ، وإن سقف مسجداً أو فرش بارية فيه ، أو نصب عليه بابا أو جعل فيه رفا لينفع أهله ، أو علق فيه قنديلا ، أو بنى فيه حائطاً ، فتلف به شيء فلا ضمان عليه ، وقال أصحاب الشافعى : إن فعل شيئاً من ذلك بغير إذن الإمام ضمن فى أحد الوجهين ، وقال أبو حنيفة : يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران .

ولنا : أنه فعل أحسن به ، ولم يتعد فيه ، فلم يضمن ماتلف به كما لو أذن فيه الإمام والجيران ، ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف ، لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقاً .

٦٨٨٧ فصـــل

وإن حفر العبد بئراً فى ملك إنسان بغير إذنه أو فى طريق يتضرر به ثم أعتقه سيده ، ثم تلف بها شيء ضمنه العبد . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : الضمان على سيده ، لأن الجناية هى الحفر فى حال رقه ، وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ، فلا يزول ذلك بعتقه ، كما لو جرح فى حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه .

ولنا : أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه ، فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً فى حال رقه ثم قتل به بعد عتقه . وفارق ماقاسوا عليه ، لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه ، وههنا حصل بعد عتقه ، وكذلك القول فى نصب حجر أو غيره من الأسباب التى يجب بها الضمان .

٦٨٨٨ فصـــل

وإذا حفر إنسان بئراً فى ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ماتلف به جميعه . وهذا قياس

مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يضمن ماقابل نصيب شريكه ، فلو كان له شريكان لضمن ثلثى التالف ، لأنه تعدى فى نصيب شريكيه ، وقال أبو يوسف : عليه نصف الضمان ، لأنه تلف بجهتين ، فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحاً ، وجرحه آخر جرحين .

ولنا : أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها ، كما لو كان فى ملك غيره ، والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر ، فكان موجباً لجميع الضمان ، ويبطل ماذكره أبو يوسف بما لو حفره فى طريق مشترك ، فإن له فيها حقاً ، ومع ذلك يضمن الجميع ، والحكم فيما إذا أذن له بعض الشركاء فى الحفر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر فى ملك مشترك بينه وبين غيره ، لكونه لايباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع .

٦٨٨٩ فصـــل

وإذا حفر بئراً فى ملك إنسان أو وضع فيه مايتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان مايتلف به ففيه وجهان :

أحدهما : يبرأ ، لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ماتلف به ، فإذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان ، كما لو اقترن الإذن بالحفر .

والآخر : لاينتفى عنه الضمان ، لأنه سبب موجب للضمان ، فلا يزول حكمه بالإبراء كسائر الأسباب . ولأن حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره ، والإبراء لايزيل ذلك ، لأن مامضى لايمكن تغييره عن الصفة التى وقع عليها ، ولأن وجوب الضمان ليس بحق المالك الإبراء منه ، كما لو أبرأه غير المالك ، ولأنه إبراء مما لم يجب فلم يصح كالإبراء من الشفعة قبل البيع .

٦٨٩٠ فصـــل

وإن استأجر أجيراً فحفر فى ملك غيره بغير إذنه وعلم الأجير ذلك فالضمان عليه وحده ، لأنه متعد بالحفر ، وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها ، فتعلق الضمان به ، كما لو أمره غيره بالقتل فقتل ، وإن لم يعلم فالضمان على المستأجر ، لأنه غره ، فتعلق الضمان به كالإثم وكذلك الحكم فى البناء ونحوه ، ولو استأجر أجيراً ليحفر له فى ملكه بئراً أو ليبنى له فيها بناء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء ، والزهرى ، وقتادة ، وأصحاب الرأى . ويشبه مذهب الشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « البئر جبار »[1] ولأنه لم يتلفه وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فعلا أفضى إلى تلفه ، فأشبه مالو فعله

(١) أخرجه الشيخان عن أبى هريرة . (ف)

تبرعاً من عند نفسه ، إلا أن يكون الأجير عبداً استأجره بغير إذن سيده ، أو صبياً بغير إذن وليه فيضمنه ، لأنه متعد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره .

٦٨٩١ فصل

فإن حفر إنسان فى ملكه بئراً فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر ، لأنه لاعدوان منه ، وإن دخل بإذنه والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضاً ، لأن الواقع هو الذى أهلك نفسه ، فأشبه مالو قدم إليه سيف فقتل به نفسه . وإن كان الداخل أعمى أو كانت فى ظلمة لايبصرها الداخل أو غطى رأسها[1] فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه . وبهذا قال شريح ، والشعبى ، والنخعى ، وحماد ، ومالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال فى الآخر : لا يضمنه ، لأنه هلك بفعل نفسه .

ولنا : أنه تلف بسببه فضمنه ، كما لو قدم له طعاماً مسموماً فأكله ، وبهذا ينتقض ماذكروه . وإن اختلفا فقال صاحب الدار : ماأذنت لك فى الدخول ، وادعى ولى الهالك أنه أذن له ، فالقول قول المالك ، لأنه منكر ، وإن قال : كانت مكشوفة ، وقال الآخر : كانت مغطاة ، فالقول قول ولى الواقع ، لأن الظاهر معه ، فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ، ويحتمل أن القول قول المالك ، لأن الأصل براءة ذمته ، فلا تشتغل[2] بالشك ، ولأن الأصل عدم تغطيتها .

٦٨٩٢ فصل

وإذا بنى فى ملكه حائطاً مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شىء وسقط على شىء فأتلفه ضمنه ، لأنه متعد بذلك ، فإنه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره ، أو هواء مشترك ، ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه ، فأشبه مالو نصب فيه منجلا يصيد به ، وهذا مذهب الشافعى ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وإن بناه فى ملكه مستوياً أو مائلا إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به ، لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه ، وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه ، لأنه بمنزلة بنائه مائلا فى ملكه . وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا ، فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه ، لأنه لم يتعد ببنائه ، ولا فرط فى ترك نقضه لعجزه عنه ، فأشبه مالو سقط من غير ميل . فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين :

---

(١) فى . أو غطاها .

(٢) فى ١٨ : فلاتشغلها .

أحدهما : أن يطالب بنقضه . والثانى : أن لا يطالب به ، فإن لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد ، وهو ظاهر كلام الشافعى ، ونحوه قال الحسن ، والنخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، لأنه بناه فى ملـكه ، والميل حادث بغير فعله ، فأشبه مالو وقع قبل ميله .

وذكر بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر : أن عليه الضمان ، وهو قول ابن أبى ليلى ، وأبى ثور ، وإسحاق لأنه متعد بتركه مائلا ، فضمن ماتلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء ، ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ماتلف ، ولو لم يـكن ذلك موجباً للضمان لم يضمن بالمطالبة ، كما لو لم يـكن مائلا ، أو كان مائلا إلى ملـكه . وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها . وقال أصحابنا : يضمن ، وقد أومأ إليه أحمد ، وهو مذهب مالك ، ونحوه قال الحسن ، والنخعى ، والثورى . وقال أبو حنيفة : الاستحسان أن يضمن ، لأن حق الجواز للمسلمين ، وميل الحائط يمنعهم ذلك ، فلهم المطالبة بإزالته ، بإزالته ، فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع[1] عِدْلاً على حائط نفسه فوقع فى ملك غيره ، فطولب برفعه فلم يفعل ، حتى عثر به إنسان .

وفيه وجه آخر : لاضمان عليه . قال أبو حنيفة : وهو القياس ، لأنه بناه فى ملـكه ولم يسقط بفعله فأشبه مالو لم يطالبه بنقضه ، أو سقط قبل ميله ، أو لم يمـكنه نقضه ، أو سقط قبل ميـله ، أو لم يمـكنه نقضه ، ولأنه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا إلى غير ملـكه ، فإن قلنا : عليه الضمان إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمى توجب الضمان إذا كان ميله إلى الطريق ، لأن لـكل واحد منهم حق المرور ، فـكانت له المطالبة ، كما لو مال الحائط إلى ملك جماعة كان لـكل واحد منهم المطالبة . وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه الضمان ، لأن الحق لجميع المسلمين، فلا يملك واحد منهم إسقاطه ، وإن كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها أو مستودعها فلا ضمان عليهم ، لأنهم لايملـكون النقض ، وليس الحائط ملـكا لهم ، وإن طولب المالك فى هذه الحال فلم يمـكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه ، لعدم تفريطه ، وإن أمـكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن إذا أمـكنه فـكاك الرهن فلم يفعل ضمن ، لأنه أمكنه النقض ، وإن كان المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان ، لأنه ليس أهلا للمطالبة ، وإن طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك ، لأن سبب الضمان ماله ، فـكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل ، وإن كان الملك مشتركا بين جماعة فطولب أحدهم بنقضه احتمل وجهين . أحدهما : لايلزمه شيء لأنه لايمـكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه .

---

(١) العدل بكسر العين وسكون الدال : الجوالق (الغرارة) . (ف)

والثانى[1] : يلزمه بحصته ، لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض ، فصار بذلك مفرطاً ، وأما إن كان ميل الحائط إلى ملك آدمى معين إما واحد وإما جماعة فالحكم على ماذكرنا ، إلا أن المطالبة للمالك أو ساكن الملك الذى مال إليه دون غيره ، وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته ، كما لو طالب واحد بنقض المائل إلى الطريق ، إلا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التى مال إليها جاز ، لأن الحق له وهو يملك إسقاطه ، وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم ، لأن الملك لهم ، ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ، ولا يبرأ بإبرائه وتأجيله . إلا أن يرضى بذلك جميعهم ، لأن الحق لجميعهم .

٦٨٩٣ فصـــل

وإذا تقدم إلى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه ، لأنه ليس يملك له ، ولا على المشترى لأنه لم يطلب بنقضه ، وكذلك إن وهبه وأقبضه . وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد ، وإذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على عاقلته . فإن أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل إلا أن يثبت ذلك ببينة ، لأن الأصل عدم الوجوب عليهم ، فلا يجب بالشك وإن اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم ، لأن العاقلة لاتحمل اعترافاً ، وكذلك إن أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ماذكرنا ، وإن كان الحائط فى يد صاحبهم وهو ساكن فى الدار لم يثبت بذلك الوجوب ، لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر . والظاهر لاتثبت به الحقوق ، وإنما ترجح به الدعوى .

٦٨٩٤ فصـــل

وإن لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه ، وكان حكمه فى هذا حكم الصحيح ، لأنه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح . وإن خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل ، لأنه يخاف منه التلف فأشبه المائل .

٦٨٩٥ فصـــل

وإذا أخرج إلى الطريق النافذ جناحاً أو ساباطاً فسقط أو شىء منه على شىء فأتلفه فعلى المخرج ضمانه . وقال أصحاب الشافعى : إن وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب ضمان ما أتلف

---

(١) هذا هو الحال الثانى من حالى من أمكنه نقض البناء فلم ينقضه .

وإن كانت مركبة على حائطه وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره ، فانقسم الضمان عليهما .

ولنا : أنه تلف بما أخرجه إلى حق الطريق فضمنه ، كما لو بنى حائطه مائلا إلى الطريق فأتلف ، أو أقام خشبة فى ملكه مائلة إلى الطريق ، أو كما لو سقطت الخشبة التى ليست موضوعة على الحائط ، ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذى ذكرنا ، ولأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق ، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ، ولو كان مباحاً لم يضمن به كسائر المباحات ، ولأن هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ماأتلف فيجب أن يضمن ماأتلف جميعها كسائر المواضع التى يجب الضمان فيها ولأننا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله ببعض الخشبة ويجب نصفه بجميعها ، وإن كان إخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما أتلفه ، وإن فعل ذلك بإذنهم فلا ضمان عليه لأنه مباح له غير متعد فيه .

٦٨٩٦ فصــــل

وإن أخرج ميزابا إلى الطريق فسقط على إنسان أو شىء فأتلفه ضمنه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وحكى عن مالك أنه لايضمن ماأتلفه لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ماتلف به كما لو أخرجه إلى ملكه وقال الشافعى : إن سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه ، وملك غيره ، وإن انقصف الميزاب فسقط منه ماخرج عن الحائط ضمن جميع ماتلف به لأنه كله فى غير ملكه .

ولنا : ماسبق فى الجناح ولا نسلم أن إخراجه مباح ، فإنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئاً يضر به ، فأشبه مالو أخرجه إلى ملك آدمى معين بغير إذنه ، فأما إن أخرج إلى ملك آدمى معين شيئاً من جناح أو ساباط أو ميزاب أو غيره ، فهو متعد ويضمن ماتلف به لاأعلم فيه خلافاً .

٦٨٩٧ فصــــل

وإذا بالت دابته فى طريق فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان إذا كان راكباً لها أو قائداً أو سائقاً لها لأنه تلف حصل من جهة دابته التى يده عليها ، فأشبه مالو جنت بيدها أو فمها وقياس المذهب أنه لايضمن ماتلف بذلك لأنه لايد له على ذلك ، ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ماتلف به كما لو أتلفت برجلها ، وكما لو لم يكن له يد عليها ، ويفارق هذا ماأتلفت بيدها ، وفمها لأنه يمكنه حفظهما .

٦٨٩٨ فصــــل

وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على إنسان فقتله أو شىء أتلفه لم يضمن

لأن ذلك من غير فعله ووضعه له كان فى ملكه ، ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة لأنه نسب إلى إلقائها وتعدى بوضعها ، فأشبه من بنى حائطه مائلا .

٦٨٩٩ فصــــل

وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه إليه ليحتاط فى حفظه فإذا غرق نسب إلى التفريط فى حفظه . وقال القاضى قياس المذهب أن لا يضمنه لأنه فعل ماجرت العادة به لمصلحته ، فلم يضمن ماتلف به كما إذا ضرب المعلم الصبى ضرباً معتاداً فتلف به . فأما الكبير إذا غرق فليس على السابح شيء إذا لم يفرط لأن الكبير فى يد نفسه لاينسب التفريط فى هلاكه إلى غيره .

٦٩٠٠ فصــــل

وإذا طلب إنساناً بسيف مشهور فهرب منه فتلف فى هربه ضمنه سواء وقع من شاهق أو انخسف به سقف أو خر فى بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق فى ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صبياً أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلا أو مجنوناً ، وقال الشافعى لا يضمن البالغ العاقل البصير إلا أن يخسف به سقف فإن فيه وفى الصغير والمجنون والأعمى قولان لأنه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه .

ولنا : أنه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئراً أو نصب سكيناً أو سم طعامه ووضعه فى منزله ، وماذكره يبطل بهذه الأصول ، ولأنه تسبب إلى إهلاكه ، فأشبه مالو انخسف من تحته سقف أو كان صغيراً أو مجنوناً ، وإن طلبه بشيء يخيفه به كالليث ونحوه فحكمه حكم مالو طلبه بسيف مشهور لأنه فى معناه .

٦٩٠١ فصــــل

ولو شهر سيفاً فى وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته ، وإن صاح بصبى أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله ، أو تغفل عاقلا فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العاقلة فإن فعل ذلك عمداً فهو شبه عمد ، وإلا فهو خطأ ووافق الشافعى فى الصبى ، وله فى البالغ قولان . ولنا أنه سبب إتلافه فضمنه كالصبى .

٦٩٠٢ فصــــل

وإن قدم إنساناً إلى هدف يرميه الناس ، فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذى قدمه ، لأن الرامى كالحافر والذى قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته ، وإن عمد الرامى رميه فالضمان عليه

لأنه مباشر وذاك متسبب فأشبه الممسك والقاتل ، وإن لم يقدمه أحد فالضمان عن الرامى ، وتحمله عاقلته إن كان خطأ لأنه قتله .

٦٩٠٣ فصل

وإن شهد رجلان على رجل بجرح أو قتل أو سرقة توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه ، أو قطع بالسرقة أو حد فأفضى إلى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ماتلف بشهادتهما كالشريكين فى الفعل ، ويكون الضمان فى مالهما لاتحمله عاقلتهما ، لأنها لاتحمل اعترافاً ، وهذا يثبت باعترافهما .

وقد روى عن على رضى الله عنه أن شاهدين[1] شهداً عنده على رجل بالسرقة فقطعه ثم أتيا بآخر ، فقالا : ياأمير المؤمنين ليس ذاك السارق إنما هذا هو السارق ، فأغرمهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، ولم يقبل قولهما فى الثانى . وإن أكره رجل رجلا على قتل إنسان فقتله ، فصار الأمر إلى الدية فهى عليهما لأنهما كالشريكين ، ولهذا وجب القصاص عليهما ، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت فماتت من الولادة ضمنها ، لأنها ماتت بسبب فعله ، وتحملها العاقلة ، إلا أن لايثبت ذلك إلا[2] باعترافه فتكون الدية عليه لأنّ العاقلة لاتحمل اعترافاً .

٦٩٠٤ فصل

إذا بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها فأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه ، لما روى أن عمر رضى الله عنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها ، فقالت : ياويلها ، مالها ولعمر ، فبينا هى فى الطريق إذ فزعت فضربها الطلق ، فألقت ولداً ، فصاح الصبى صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال : ماتقول ياأبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديته عليك ، لأنك أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك ولو فزعت المرأة فماتت لوجبت ديتها أيضاً ، ووافق الشافعى فى ضمان الجنين ، وقال : لاتضمن المرأة ، لأن ذلك ليس بسبب إلى هلاكها فى العادة .

ولنا ، أنها نفس هلكت بإرساله إليها فضمنها كجنينها ، أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت ، وقوله : إنه ليس بسبب عادة ، قلنا : ليس كذلك ، فإنه سبب للإسقاط ، والإسقاط سبب

---

(١) أخرجه البخارى تعليقاً ج ٩ ص ١٠ فى كتاب الديات باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب .

(٢) (لايثبت ذلك إلا باعترافه) مفادها حصر طريق الثبوت فى الاعتراف ومؤدى العبارة (إلا إذا ثبت ذلك باعترافه) لأن الاستثناء من النفى إثبات (ف)

للهلاك عادة ، ثم لا يتعين في الضمان كونه سبباً معتاداً ، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سبباً للهلاك في العادة ، ومتى أفضت إليه وجب الضمان ، وإن استعدى إنسان على امرأة ، فألقت جنينها أو ماتت فزعاً فعلى عاقلة المستعدى الضمان إن كان ظالما لها ، وإن كانت هي الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغي أن لا يضمنها لأنها سبب إحضارها بظلمها ، فلا يضمنها غيرها ، ولأنه استوفى حقه ، فلم يضمن ماتلف به كالقصاص ويضمن جنينها لأنه تلف بفعله فأشبه مالو اقتص منها .

٦٩٠٥ فصل

ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ماتلف به ، لأنه سبب هلاكه ، وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه ، لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ، ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده ، وله أخذه قهراً ، فإذا منعه إياه تسبب إلى إهلاكه بمنعه مايستحقه ، فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه . فهلك بذلك .

وظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله ، لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالباً ، وقال القاضي : تكون على عاقلته ، لأن هذا لا يوجب القصاص ، فيكون شبه العمد ، وإن لم يطلبه منه لم يضمنه ، لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه ، وكذلك كل من رأى إنساناً في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه ، وقد أساء ، وقال أبو الخطاب : قياس المسألة الأولى وجوب ضمانه ، لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه ، فضمنه كما لو منعه الطعام والشراب . ولنا : أنه لم يهلكه ولم يكن سبباً في هلاكه . فلم يضمنه ، كما لو لم يعلم بحاله ، وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح ، لأنه في المسألة منعه منعاً كان سبباً في هلاكه فضمنه بفعله الذي تعدى به ، وههنا لم يفعل شيئاً يكون سبباً .

٦٩٠٦ فصل

ومن ضرب إنساناً حتى أحدث فإن عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية ، وقال أحمد : لا أعرف شيئاً يدفعه ، وبه قال إسحاق . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : لاشيء فيه ، لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال ، وليس ههنا شيء من ذلك ، وهذا هو القياس وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان ، لأنها في مظنة الشهرة ، ولم ينقل خلافها ، فيكون إجماعاً ولأن قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، وسواء كان الحدث ريحاً أو غائطاً أو بولاً ، وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث .

٦٩٠٧ فصـــل

إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبداً أو ضرب ملفوفاً فقدّه أو ألقى عليه حائطاً أو ادعى أنه كان ميتاً وأنكر وليه ذلك ، فالقول قول الولى مع يمينه ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : القول قول الجانى ، لأن الأصل براءة ذمته ، وما ادعاه محتمل فلا نزول عن اليقين بالشك .

ولنا : أن الأصل حياة المجنى عليه وحريته ، فيجب الحكم ببقائه ، كما لو قتل من كان مسلماً وادعى أنه ارتد قبل قتله ، وبهذا يبطل ما ذكره ، وهكذا لو قتل فى دار الإسلام إنساناً وادعى أنه كان كافراً وأنكر وليه فالقول قول الولى ، لأن الدار دار الإسلام ، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها ، وإن قطع عضواً وادعى شلله ، أو قلع عينا وادعى عماها ، وأنكر الولى فالقول قول المجنى عليه لأن الأصل السلامة وكذلك لو قطع ساعداً وادعى أنه لم يكن عليه كف أو قطع ساقاً وادعى أنه لم يكن لها قدم ، وقال القاضى : إن اتفقا على أنه كان بصيراً فالقول قول المجنى عليه ، وإلا فالقول قول الجانى وهذا مذهب الشافعى ، وكذلك على قياسه إذا اختلفا فى شلل العضو لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة عليه ، فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعامليه ، وصفة تحمل الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى ما يتوقاه البصير ، ويتجنب البئر وأشباهه فى طريقه ويعدل فى المعطفات خلف من يطلبه .

ولنا : أن الأصل السلامة ، فكان القول قول من يدعيه كما لو اختلفا فى إسلام المقتول وحياته وقولهم لا تتعذر إقامة البينة عليه قلنا وكذلك لا تتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجانى فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل ، ثم يبطل بسائر المواضع التى سلموها ، فإن قالوا ههنا ما ثبت أن الأصل وجود البصر قلنا الظاهر يقوم مقام الأصل ولهذا رجحنا قول من يدعى حريته وإسلامه .

٦٩٠٨ فصـــل

وإن زاد فى القصاص من الجراح ، وقال : إنما حصلت الزيادة باضطرابه ، وأنكر المجنى عليه ، ففيه وجهان . أحدهما : القول قول المقتص منه ، لأن الأصل عدم الاضطراب ، ووجوب الضمان . والثانى : القول قول المقتص ، لأن الأصل براءة ذمته ، وما يدعيه محتمل ، والأول أصح فإن الجرح سبب وجوب الضمان ، وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه الأصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه ، كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعاً عن نفسه ، أو قتله وادعى أنه وجده مع أهله ، أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت[2] عليه .

---

(١) فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٥٨٢ والمغنى ج ٧ ص ٨٣١ (ومعاملته) والصواب (ومعامليه) كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٠٣ . (ف)

(٢) أى هاجته لتلحق به أذى .

باب ديات الجراح

الجراح تتنوع نوعين . أحدهما : الشجاج وهى ما كان فى رأس أو وجه . النوع الثانى : ما كان فى سائر البدن ، وينقسم قسمين . أحدهما : قطع عضو . والثانى : قطع لحم . والمضمون فى الآدمى ضربان. أحدهما : ماذكرنا . والثانى : تفويت منفعة ، كتفويت السمع والبصر والعقل .

٦٩٠٩ مســـألة

قال رحمه الله : ﴿ ومن أتلف مافى الإنسان منه شىء واحد ففيه الدية ، وما فيه شيئان ففى كل واحد منهما نصف الدية ﴾ .

وجملة ذلك أن كل عضو لم يخلق الله تعالى فى الإنسان منه إلا واحـداً كاللسان والأنف والذكر والصلب ففيه دية كاملة لأن إتلافه إذهاب منفعة الجنس وإذهابها كاتلاف النفس ، ومافيه منه شيئـان كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والمنخرين والشفتين والخصيتين والثـديين والأليتين ففيهما الدية كاملة ، لأن فى إتلافهما إذهاب منفعة الجنس ، وفى إحداهما نصف [الدية] لأن فى إتلافه إذهاب نصف منفعة الجنس ، وهذه الجملة مذهب الشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفـاً ، وقد روى عن الزهرى عن أبى بـكر ابن محمد بن عمرو بن حزم ، عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب له فى كتابه : « وفى الأنف إذا أوعب جدعه ، الدية وفى اللسان الدية ، وفى الشفتين الدية ، وفى البيضتين الدية ، وفى الذكر الدية ، وفى الصلب الدية ، وفى العينين الدية ، وفى الرجـل الواحـدة نصف الدية » . رواه النسائى وغيره . ورواه ابن عبد البر ، وقال : كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء ، وما فيه متفق عليه عند العلماء ، إلا قليلا .

٦٩١٠ فصـــــل

وما فى الإنسان منه أربعة أشياء ففيها الدية ، وفى كل واحد منها ربع الدية ، وهو أجفان العينين ، وأهدابها . وما فيه منه عشرة ففيها الدية ، وفى كل واحد منها عشرها ، وهى أصـابع اليدين وأصابع الرجلين . وما فيه منه ثلاثة أشياء ففيها الدية ، وفى الواحد ثلثها ، وهو المنخران والحاجز بينهما . وعنه فى المنخرين الدية وفى الحاجز حكومة ، لأن المنخرين شيئان من جنس ، فـكان فيهما الدية كالشفتين ، وليس فى البدن شىء من جنس يزيد على الدية إلا الأسنان ، فإن فى كل سن خمساً من الإبل ، فتزيد

على الدية ، وقد روى أنه ليس فيها إلا الدية قياساً على سائر مافى البدن . والصحيح الأول ، لأن الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ورد بإيجاب خمس فى كل سن ، فيجب العمل به وإن خالف القياس .

٦٩١١ مسألة

قال : ﴿ وفى العينين الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن فى العينين إذا أصيبتا خطأ الدية ، وفى العين الواحدة نصفها ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «وفى العينين الدية» ، ولأنه ليس فى الجسد منهما إلا شيئان ، ففيهما الدية ، وفى إحداهما نصفها كسائر الأعضاء التى كذلك ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفى العين الواحدة خمسون من الإبل » رواه مالك فى موطئه ، ولأن العينين من أعظم الجوارح نفعاً وجمالا ، فكانت فيهما الدية وفى إحداهما نصفها كاليدين .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يكونا صغيرتين أو كبيرتين ، ومليحتين أو قبيحتين ، أو صحيحتين أو مريضتين ، أو حولاوين أو رمصتين . فإن كان فيهما بياض لاينقص البصر لم تنقص الدية ، وإن نقص البصر نقص من الدية بقدره ، وفى ذهاب البصر الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلهما ، وفى ذهاب بصر أحدهما نصف الدية ، كما لو أشل يداً واحدة وليس فى إذهاب نفعهما أكثر من دية كاليدين .

٦٩١٢ فصل

وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه ديته ، لأنه ذهب بسبب جنايته ، وإن لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداواة فعليه ديته ، لأنه ذهب بسبب فعله ، وإن اختلفوا فى ذهاب البصر رجع إلى اثنين عدلين مسلمين من أهل الخبرة ، لأن لهما طريقاً إلى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التى هى محل البصر ومعرفتهما بحالها بخلاف السمع . وإن لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بأن يوقف فى عين الشمس ، ويقرب الشىء من عينه فى أوقات غفلته ، فإن طرف عينه وخاف من الذى يخوف به فهو كاذب ، وإلا حكم له ، وإذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة : لايرجى عوده وجبت الدية ، وإن قالوا : يرجى عوده إلى مدة عينوها انتظر إليها ، ولم يعط الدية حتى تنقضى المدة ، فإن عاد البصر سقطت عن الجانى ، وإن لم يعد استقرت الدية ، وإن مات المجنى عليه قبل العود استقرت الدية ، سواء مات فى المدة أو بعدها ، فإن ادعى الجانى عود بصره قبل موته وأنكر وارثه فالقول قول الوارث ، لأن الأصل معه ، وإن جاء أجنبى فقلع عينه فى [تلك] المدة استقرت على الأول الدية أو القصاص ، لأنه أذهب البصر فلم يعد ، وعلى الثانى حكومة ، لأنه أذهب عيناً لاضوء لها يرجى عودها ، وإن قال الأول : عاد

ضوؤها ، وأنـكر الثانى ، فالقول قول المنـكر ، لأن الأصل معه فإن صدق الجنى عليه الأول سقط حقه عنه ، ولم يقبل قوله على الثانى . وإن قال أهل الخبرة : يرجى عودة لـكن لانعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص ، لأن انتظار ذلك إلى غير غاية يفضى إلى إسقاط موجب الجناية ، والظاهر فى البصر عدم العود ، والأصل يؤيده ، فإن عاد قبل استيفاء الواجب سقط ، وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ماأخذ منه، لأنا تبينا أنه لم يـكن واجباً .

٦٩١٣ فصـــل

وإن جنى عليه فنقص ضوء عينيه ففى ذلك حكومة ، وإن ادعى نقص ضوئهما فالقول قوله مع يمينه، لأنه لايعرف ذلك إلا من جهته ، وإن ذكر أن إحداهما نقصت عُصِبَت المريضة وأطلقت الصحيحة ، ونصب له شخص ، فيباعد عنه ، فـكلما قال رأيته فوصف لونه علم صدقه ، حتى تنتهى فإذا انتهت علم موضعها ، ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضـة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهى رؤيته ، ثم يدار الشخص إلى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ، ثم يعلمه عند المسافتين ويذرعان ويقابل بينهما ، فإذا كانتا سواء فقد صدق ، وينظركم بين مسافة رؤية العليلة والصحيحة ، ويحـكم له من الدية بقدر مابينهما ، وإن اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه قصر مسافة رؤية المريضة ليـكثر الواجب له ، فيردد حتى تستوى المسافة بين الجانبين ، والأصل فى هذا ماروى عن على رضى الله عنه . قال ابن المنذر : أحسن ماقيل فى ذلك ماقاله[1] على رضى الله عنه ، أمر بعينه فعصبت ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ، ثم أمر فخط عند ذلك ، ثم أمر بعينه الأخرى فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو يبصر حتى انتهى بصره ، ثم خط عند ذلك ، ثم حول إلى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجده سواء ، فأعطاه بقدر مانقص من بصره من مال الآخر .

وقال القاضى : وإذا زعم أهل الطب أن بصره يقل إذا بعدت المسافة ويـكثر إذا قربت[2] وأمـكن هذا فى المذارعة[3] عمل عليه ، وبيانه أنهم إذا قالوا : إن الرجل إذا كان يبصر إلى مائة ذراع ، ثم أراد أن يبصر إلى مائتى ذراع احتاج للمائة الثانية إلى ضعفى مايحتاج إليه للمائة الأولى من البصر فعلى هـذا إذا أبصر بالصحيحة إلى مائتين وأبصر بالعليلة إلى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه ، فيجب له ثلثا ديتها ، وهذا لايـكاد ينضبط فى الغالب ، وكل مالا ينضبط ففيه حكومة . وإن جنى على عينيه فندرتا[4]

---

(١) فى ١٨ : مافعله .
(٢) أى عنده طول نظر بالمصطلح الحديث .
(٣) أى بالقياس بالذراع .
(٤) فندرتا : يقال : ندر الشىء سقط من جوف شىء فظهر . (ف)

أو إذا[1] حولتا أو أعمشتا ففى ذلك حكومة كالو ضرب يده فاعوجت . والجنـاية على الصبى والمعتوه كالجناية على البالغ والعاقل ، وإنما يفترقان فى أن البالغ خصم لنفسه ، والخصم للصبى والمجنون وليهما ، فإذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ، ولم يحلف الولى عنهما ، فإن بلغ الصبى وأفاق المجنون حلفا حينئذ . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا .

٦٩١٤ فصـــل

وفى عين الأعور دية كاملة . وبذلك قال الزهرى ، ومالك ، والليث ، وقتادة ، وإسحق . وقال مسروق ، وعبد الله بن مغفل ، والنخعى ، والثورى ، وأبو حنيفة والشافعى : فيها نصف الدية لقوله عليه السلام « وفى العين خمسون من الإبل »[2] . وقول النبى صلى الله عليه وسلم « وفى العينين الدية » يقتضى ألا يجب فيهما أكثر من ذلك ، سواء قلعهما واحد أو اثنان فى وقت واحد أو فى وقتين ، وقالع الثـانية قالع عين أعور ، فـلو وجبت عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ، ولأن ماضمن بنصف الدية مع بقـاء نظيره ضمن به مع ذهابه كالأذن ، ويحتمل هذا كلام الخرقى لقوله وفى العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق.

ولنا : أن عمر وعثمان وعلياً وابن عمر قضوا فى عين الأعور بالدية ، ولم نعلم لهم فى الصحابة مخالفـاً فيـكون إجماعاً ، ولأن قلع عين الأعور يتضمن إذهاب البصر كله ، فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين ، ودليل ذلك أنه يحصل بها مايحصل بالعينين ، فإنه يرى الأشياء البعيـدة ، ويدرك الأشيـاء البعيدة ، ويدرك الأشياء اللطيفة ، ويعمل أعمال البصراء . ويجوز أن يـكون قاضياً وشاهداً ويجزىء فى الـكفارة وفى الأضحية إذا لم تـكن العوراء مخسوفة ، فوجب فى بصره دية كاملة ، كذا فى العينين . فإن قيل : فلو صح هذا لم يجب فى ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية ، لأنه لم ينقص . قلنا : لايلزم من وجوب شىء من دية العينين نفس دية الثانى ، بدليل مالو جنى عليهما فأحولتا أو عمشتا أو نقص ضوؤهما فإنه يجب أرش النقص ولا تنقص ديتهما بذلك ، ولأن النقص الحاصل لم يؤثر فى تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط فى تفويت النفع فلم يؤثر فى تنقيص الدية كالذى ذكرنا .

٦٩١٥ فصـــل

وإن قلع الأعور عين صحيح نظرنا فإن قلع العين التى لاتماثل عينه الصحيحة أو قلع المماثلة للصحيحة خطأ . فليس عليه إلا نصف الدية : لاأعـلم فيه مخـالفاً ، لأنه الأصل ، وإن قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص عليه ، وعليه دية كاملة ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ، ومالك ، فى إحدى روايتيه.

---

(١) (إذا) محذوفة من الشرح الـكبير كما فى ٩ ص ٦٠٧ والـكلام يستغنى عنها . (ف)

(٢) أخرجه البزار عن عمر — والحديث الذى يليه خرجه المؤلف من قبل . (ف)

وقال فى الأخرى : عليه نصف الدية ، ولا قصاص . وقال المخالفون فى المسألة الأولى : له القصاص . . لقوله تعالى : (والعين بالعين) وإن اختار الدية فله نصفها للخبر ولأنه لو قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف الدية فلم يجب عليه إلا نصفها كالعين الأخرى .

ولنا : أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا(١) ، ولا نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة فكان إجماعاً .

٦٩١٦ فصـــل

وإن قلع الأعور عينى صحيح العينين فليس عليه إلا دية ، عمداً كان أو خطأ . وذكر القاضى : أن قياس المذهب وجوب ديتين . إحداهما فى العين التى استحق بها قلع عين الأعور . والأخرى فى الأخرى لأنها عين أعور .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فى العينين الدية » ولأنه قلع عينين فلم يلزمه أكثر من الدية كما لو كان القاطع صحيحاً ، ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس ، فلم يزد على الدية ، كما لو قطع أذنه . وما ذكره القاضى لا يصح ، لأن وجوب الدية فى إحدى عينيه لا يجعل الأخرى عين أعور ، على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس ، صرنا إليها لإجماع الصحابة عليها ، ففيما عدا موضع الإجماع يجب العمل بهما ، والبقاء عليهما ، فإن كان قلعهما عمداً فاختار القصاص فليس له إلا قلع عينه ، لأنه أذهب بصره كله ، فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره ، وهذا مبنى على ماتقدم من قضاء الصحابة ، ولأن عين الأعور تقوم مقام العينين ، وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين ، ونصف الدية للعين الأخرى ، وهو مقتضى الدليل والله أعلم .

٦٩١٧ فصـــل

وإن قطع يد أقطع اليد أو رجل أقطع الرجل ، فله نصف الدية أو القصاص من مثلها ، لأنه عضو أمكن القصاص من مثله ، فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة . وعن أحمد رواية أخرى : أن الأولى إن كانت قطعت ظلماً وأخذ ديتها أو قطعت قصاصاً ففيها نصف ديتها ، وإن قطعت فى سبيل الله ففى الباقية دية كاملة ، لأنه عطل منافعه من العضوين جملة فأشبه قلع عين الأعور ، والصحيح الأول ، لأن هذا أحسن العضوين اللذين تحصـــل بها منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين ، فلم تجب فيـه دية كاملة كسائر الأعضاء ، وكما لو كانت الأولى أخذت قصاصاً ، أو فى غير سبيل الله . ولا يصح القياس على عين الأعور لوجوه ثلاثة :

---

(١) من الذى قضى بمذهب الآخر ؟؟!!!

أحدها : أن عين الأعور حصل بهـا مايحصل بالعينين ، ولم يختلفا فى الحقيقة والأحكام إلا تفاوتاً يسيراً ، بخلاف أقطع اليد والرجل .

والثانى : أن عين الأعور لم يختلف الحـكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى ، وههنا اختلفا .

الثالث : أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لايصار إليـه بمجرد الرأى ، ولا توقيف فيه فيصار إليه ، ولا نظير له فيقاس عليه ، والمصير إليه تحكم بغير دليل ، فيجب اطراحه .

وإن قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطعت منخره لم يجب فيـه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لأن منفعة كل أذن لاتتعلق بالأخرى بخلاف العينين .

٦٩١٨ مســـألة

قال ﴿ وفى الأشفار الأربعة الدية وفى كل واحد منهما ربع الدية ﴾ .

يعنى أجفان العينين ، وهى أربعة ، ففى جميعها الدية لأن فيها منفعة الجنس ، وفى كل واحد منهما ربع الدية ، لأن كل ذى عدد تجب فى جميعه الدية تجب فى الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والأصابع وبهذا قال الحسن ، والشعبى ، وقتادة ، وأبو هاشم ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وعن مالك فى جفن العين وحجاجها الاجتهاد ، لأنه لم يعلم تقديره عن النبى صلى الله عليه وسلم والتقدير لايثبت قياساً .

ولنا : أنها أعضاء فيها جمال ظاهر ، ونفع كامل ، فإنها تـكنّ العين وتحفظها ، وتقيها الحر والبرد ، وتـكون كالغلق عليها يطبقه إذا شاء ويفتحه إذا شاء ، ولولاها لقبح منظره ، فوجبت فيها كاليدين ، ولا نسلم أن التقدير لايثبت قياساً ، فإذا ثبت هذا فإن فى أحدها ربع الدية . وحكى عن الشعبى أنه يجب فى الأعلى ثلثا دية العين ، وفى الأسفل ثلثها ، لأنه أكثر نفعاً .

ولنـا : أن كل ذى عدد تجب الدية فى جميعه تجب بالحصة فى الواحد منه كاليدين والأصابع ، وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى والأصابع ، وإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان ، لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً ، فوجبت بإتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين ، وتجب الدية فى فى أشفار عين الأعمى . لأن ذهاب بصره عيب فى غير الأجفان ، فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لايمنع وجوب الدية فى الأنف .

٦٩١٩ فصـــل

وتجب فى أهداب العينين بمفردها الدية . وهو الشعر الذى على الأجفان وفى كل واحد منها ربعها وبهذا قال . أبو حنيفة وقال الشافعى فيه حكومة .

ولنـا : أن فيها جمالا ونفعاً فإنها تقي العينين وترد عنهما ، وتحسن العين وتجملها ، فوجبت فيها الدية كالأجفان بأهدابها لم يجب أكثر من دية ، لأن الشعر يزول تبعاً لزوال الأجفان ، فلم تفرد بضمان كالأصابع إذا قطع اليد وهي عليها .

٦٩٢٠ مســـألة

قال : ﴿ وفي الأذنين الدية ﴾ .

روى ذلك عن عمر ، وعلي . وبه قال عطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ومالك في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الأخرى فيهما حكومة لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير ، ولا يثبت التقدير بالقياس .

ولنا : أن في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفي الأذنين الدية » ولأن عمر وعلياً قضيا فيهما بالدية ، فإن قيل فقد روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قضى في الأذن بخمسة عشر بعيراً ، قلنا : لم يثبت ذلك ، قاله ابن المنذر ، ولأن ما كان في البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين ، وفي إحداهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما ، ولأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين ، وإن قطع بعض إحداهما وجب بقدر ماقطع من ديتها ففي نصفها نصف ديتها وفي ربعها ربعها ، وعلى هذا الحساب ، سواء قطع من أعلى الأذن أو أسفلها أو اختلف في الجمال أو لم يختلف كما أن الأسنان والأصابع تختلف في الجمال والمنفعة ودياتها سواء .

وقد روى عن أحمد رحمه الله : في شحمة الأذن ثلث الدية والمذهب الأول وتجب الدية في أذن الأصم لأن الصمم نقص في غير الأذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى لا يؤثر في دية الأجفان وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

٦٩٢١ فصـــل

فإن جنى على أذنه فاستحشفت واستحشافها كشلل سائر الأعضاء ففيها حكومة ، وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : في ذلك ديتها لأن ما وجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل .

ولنـا : أن نفعها باق بعد استحشافها وكذلك جمالها فإن نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام في صماخه ، وهذا باق بعد شللها ، فإن قطعها قاطع بعد استحشافها ففيها ديتها ، لأنه قطع أذناً فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة . وكما لو قلع عيناً عمشاء أو حولاء .

٦٩٢٢ مسـألة

قال : ﴿ وفى السمع إذا ذهب من الأذنين الدية ﴾ .

لاخلاف فى هذا . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن فى السمع الدية . روى ذلك عن عمر . وبه قال مجاهد وقتادة ، والثورى ، والأوزاعى ، وأهل الشام ، وأهل العراق ، ومالك ، والشافعى وابن المنـذر . ولا أعلم من غيرهم خلافاً لهم . وقد روى عن معاذ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وفى السمع دية » وروى أبو المهلب عن أبى قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسـه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونـكاحه فقضى عمر بأربع ديات ، والرجل حى ، ولأنها حاسة تختص بنفع فـكان فيها الدية كالبصر ، وإن ذهب السمع من إحدى الأذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى العينين ، وإن قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان لأن السمع فى غيرها . فأشبه مالو أوقع أجفان عينيه فذهب بصره ، بخلاف العين إذا قلعت فذهب بصره . فإن البصر فى العين فأشـــبه البطش الذاهب بقطع اليد .

٦٩٢٣ فصـــل

وإن اختلفا فى ذهاب سمعه فإنه يتغفل ويصاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والأصوات المزعجة . فإن ظهر منه انزعاج أو التفات أو مايدل على السمع فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن ظهور الأمارات يدل على أنه سميـع ، فغلبت جنبة المدعى ، وحلف لجواز أن يكون ماظهر منه اتفاقاً ، وإن لم يوجد منه شيء من ذلك فالقول قوله مع يمينـه ، لأن الظاهر أنه غير سميـع . وحلف لجواز أن يكون احترز وتصبر ، وإن ادعى ذلك فى إحداها سدت الأخرى وتغفل على ماذكرنا ، فإن ادعى نقصان السمع فيهما فلا طريق لنا إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة ، وإن ادعى نقصه فى أحدها سددنا العليلة وأطلقنا الصحيحة ، وأقمنا من يحدثه وهو يتباعد إلى حيث يقول إنى لاأسمع ، فإذا قال إنى لاأسمع غير عليه الصوت والـكلام ، فإن بان أنه يسمع ، وإلا فقد كذب ، فإذا انتهى إلى آخر سماعه قدر المسافة وسد الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول : إنى لاأسمع ، فإذا قال ذلك غير عليه الـكلام . فإن تغيرت صفته لم يقبل قوله ، وإن لم تتغير صفته حلف ، وقبل قوله ، ومسحت المسافتان . ونظرت مانقصت العليلة فوجب بقدره فإن قال إنى أسمع العالى . ولا أسمع الخفى فهذا لا يمـكن تقديره فتجب فيه حكومة .

٦٩٢٤ فصـــل

فإن قال أهل الخبرة : إنه يرجى عود سمعه إلى مدة انتظر إليها ، وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر ،

ومتى عاد السمع فإن كان قبل أخذ الدية سقطت . وإن كان بعده ردت على ما قلنا فى البصر .

٦٩٢٥ مســـألة

قال ﴿ وفى قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية وفى شعر اللحية الدية إذا لم ينبت وفى الحاجبين إذا لم تنبت ﴾ .

هذه الشعور الثلاثة فى كل واحد منها دية . وذكر أصحابنا معها شعراً رابعاً . وهو أهداب العينين وقد ذكرناه قبل هذا ففى كل واحد منهما دية . وهـذا قول أبى حنيفـة . والثورى . وممن أوجب فى الحاجبين الديه سعيد بن المسيب ، وشريح ، والحسن ، وقتادة ، وروى عن على ، وزيد بن ثابت ، أنهما قالا فى الشعر : فيه الدية ، وقال مالك ، والشافعى : فيه حكومة ، واختاره ابن المنذر ، لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة .

ولنا : أنه أذهب الجمال على الـكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأصم وأنف الأخشم وماذكروه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق . عن العين ، ويفرقه ، وهدب العين يرد عنها ويصونهـا . فجرى مجرى أجفانها ، وينتقض ماذكروه بالأصل الذى قسنا عليه ، ويفارق اليد الشلاء ، فإنه ليس جمالها كاملا .

٦٩٢٦ فصـــل

وفى أحد الحاجبين نصف الدية ، لأن كل شيئين فيهما الدية . ففى أحدهما نصفها كاليدين . وفى بعض ذلك أو ذهاب شىء من الشعور المذكورة من الدية بقسطه من ديته ، يقدر بالمساحة كالأذنين . ومارن الأنف . ولا فرق فى هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفية ، أو جميلة أو قبيحة ، أو كونها من صغير أو كبير ، لأن سائر مافيه الدية من الأعضاء لايفترق الحال فيه بذلك ، وإن أبقى من لحيته مالا جمال فيه أو من غيرها من الشعور ففيه وجهان .

أحدها : يؤخذ بالقسط . لأنه محل يجب فى بعضه بحصته فأشبه الأذن ومارن الأنف .

والثانى : تجب الدية كاملة ، لأنه أذهب المقصود كلـه فأشبه مالو أذهب ضوء العينين ، ولأن جنايته ربما أحوجت إلى إذهاب البـاقى لزيادته فى القبح على ذهاب الـكل ، فتـكون جنايته سبباً لذهاب الـكل ، فأوجبت ديته . كما لو ذهب بسراية الفعـل أو كما لو احتاج فى دواء شجـة الرأس إلى ماذهب بضوء عينه .

٦٩٢٧ فصـــل

ولا تجب الدية فى شىء من هـذه الشعور إلا بذهـابه على وجـه لايرجى عوده مثـل أن

يقلب[1] على رأسه ماء حاراً فتلف منبت الشعر ، فينقلع[2] بالـكلية بحيث لايعود ، وإن رجى عوده إلى مدة انتظر إليها . وإن عاد الشعر قبل أخذ الدية لم تجب ، فإن عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم فى ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى .

٦٩٢٨ فصـــل

ولا قصاص فى شىء من هذه الشعور . لأن إتلافها إنما يـكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار . فلا تمـكن المساواة . فلا يجب القصاص فيه .

٦٩٢٩ مســـألة

قال : ﴿ وفى المشام الدية ﴾ .

يعنى الشم فى إتلافه الدية . لأنه حاسة تختص بمنفعة فـكان فيها الدية كسـائر الحواس . ولا نعلم فى هذا خلافاً . قال القاضى : فى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفى المشام الدية » . فإن ادعى ذهاب شمه اعتفلناه بالروائح الطيبة والمنتنة ، فإن هش للطيب وتنـكر للمنتن فالقول قول الجانى مع يمينه ، وإن لم يبن منه ذلك فالقول قول المجنى عليه كقولهم فى اختلافهم فى السمع . وإن ادعى المجنى عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه ، لأنه لايتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة فى انقضاء عدتها بالأقراء ، ويجب له من الدية ماتخرجه الحـكومة ، وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخـذ الدية سقطت ، وإن كان بعد أخـذها ردها ، لأنا تبينا أنه لم يـكن ذهب ، وإن رجى عود شمه إلى مدة انتظر إليها ، وإن ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من إحدى عينيه .

٦٩٣٠ فصـــل

وفى الأنف الدية إذا كان قطع مارنه بغير خلاف بينهم ، حكاه ابن عبد البر ، وابن المنذر عمن يحفظ عنه من أهل العلم . وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفى الأنف إذا أوعب جدعاً الدية » وفى رواية مالك فى الموطأ « إذا أوعى جدعاً » يعنى إذا استوعب ولأنه عضو فيه جمال ومنفعة ليس فى البدن منه إلا شىء واحد ، فـكانت فيه الدية كاللسان ، وإنما الدية فى مارنه ، وهو مالان منه ، هـكذا قال الخليل وغيره ، لأنه يروى عن طاوس أنه قال كان فى

---

(١) فى ١٨ : قلب . (٢) فى ١٨ : فانقلع .

كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية » ، ولأن الذى يقطع فيه ذلك ، فانصرف الخبر إليه ، فإن قطع بعضه ففيه بقدره من الدية ، يمسح ويعرف قدر ذلك منه ، كما قلنا فى الأذنين ، وقد روى هذا عن عمر بن عبد العزيز ، والشافعى .

وإن قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية ، وفى المنخرين ثلثاها ، وفى الحاجز بينهما الثلث . قال أحمد: فى الوترة[1] الثلث ، وفى الخرمة فى كل واحد منهما الثلث ، وبهـذا قال إسحاق . وهو أحـد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر مافيه عدد من جنس ، من اليدين ، والأصابع ، والأجفان الأربعة . وحكى أبو الخطاب وجهاً آخر : أن فى المنخرين الدية . وفى الحاجز بينهما حكومة ، لقول أحمد : فى كل زوجين من الإنسان الدية وهذا الوجه الثانى لأصحاب الشافعى ، لأن المنخرين ليس فى البدن لهما ثالث ، فأشبها اليدين ، ولأنه يقطع المنخرين أذهب الجمال كله والمنفعة ، فأشبه قطع اليدين فعلى هذا الوجه فى قطع أحد المنخرين نصف الدية ، وإن قطع معه الحاجز ففيه حكومة ، وإن قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة ، وعلى الأول فى قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية ، وفى قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية ، وفى قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية ، يقدر بالمساحة . فإن شق الحاجز بين المنخرين ففيه حكومة ، فإن بقى منفرجاً فالحـكومة فيه أكثر .

٦٩٣١ فصـــــل

وإن قطع المارن مع القصبة ففيه الدية فى قياس المذهب . وهذا مذهب الشافعى ، لأن المارن وحده موجب للدية ، فوجبت الحـكومة فى الزائدة ، كما لو قطع القصبة وحدها مع لسانه .

ولنا : قوله عليه السلام : « فى الأنف إذا أوعب جدعاً الدية » ولأنه عضو واحد فلم يجب به أكثر من دية كالذكر إذا قطع من أصله ، وماذكروه يبطل بهذا ، ويفارق ماإذا قطع لسانه وقصبته ، لأنهما عضوان ، فلا تدخـل دية أحـدهما فى الآخر ، وأما العضو الواحـد فلا يبعد أن يجب فى جميعـه مايجب فى بعضه ، كالذكر تجب فى حشفته الدية التى تجب فى جميعه ، وأصابع اليد يجب فيها مايجب فى اليد من الـكوع ، وكذلك أصابع الرجل وفى الثدى كله مافى حلمته فأما إن قطع الأنف وما تحته من اللحم ففى اللحم حكومة ، لأنه ليس من الأنف ، فأشبه مالو قطع الذكر واللحم الذى تحته .

---

(١) هى حجاب بين المنخرين .

٦٩٣٢ فصـــل

فإن ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته . كما قلنا فى الأذن ، وقول الشافعى ههنا كقوله فى الأذن على مامضى شرحه وتبيانه ، وإن ضربه فعوجه أو غير لونه ففيه حكومة فى قولهم جميعاً ، وفى قطعه بعد ذلك دية كاملة ، وإن قطعه إلا جلدة بقى معلقاً بها فلم يلتحم واحتيج إلى قطعه ففيه دية ، لأنه قطع جميعه ، بعضه بالمباشرة ، وباقيه بالتسبب ، فأشبه مالو سرى قطع بعضه إلى قطع جميعه ، وإن رده فالتحم ففيه حكومة ، لأنه لم يبن ، وإن أبانه فرده فالتحم فقال أبو بكر : ليس فيه إلا حكومة كالتى قبلها ، وقال القاضى : فيه دية ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه أبان أنفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم ولأن ماأبين قد نجُس ، فلزمه أن يبينه بعد التحامه ، ومن قال بقول أبى بكر منع نجاسته ووجوب إبانته ، لأن أجزاء الآدمى كجملته ، بدليل سائر الحيوانات ، وجملته طاهرة وكذلك أجزاؤه .

٦٩٣٣ فصـــل

وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان ، لأن الشم فى الأنف ، فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر كالسمع مع الأذن ، والبصر مع أجفان العينين ، والنطق مع الشفتين ، وإن قطع أنف الأخشم وجبت ديته ، لأن ذلك عيب فى غير الأنف ، فأشبه ماذكرنا .

٦٩٣٤ مســـألة

قال : ﴿ وفى الشفتين الدية ﴾ .

لاخلاف بين أهل العلم أن فى الشفتين الدية ، وفى كتاب عمرو بن حزم الذى كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وفى الشفتين الدية » ، ولأنهما عضوان ليس فى البدن مثلهما ، جمال ظاهر ، ومنفعة كاملة ، فإنهما طبق على الفم تقيانه مايؤذيه وتستران الأسنان ، وتردان الريق ، وينفخ بهما ، بهما ، ويتم بهما الكلام ، فإن فيهما بعض مخارج الحروف ، فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ، وظاهر المذهب أن فى كل واحدة منهما نصف الدية . وروى هذا عن أبى بكر ، وعلى رضى عنهما ، وإليه ذهب أكثر الفقهاء وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أن فى العليا ثلث الدية ، وفى السفلى الثلثين . لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت . وبه قال سعيد بن المسيب ، والزهرى ، ولأن المنفعة بهما أعظم ، لأنها التى تدور وتتحرك ، وتحفظ الريق والطعام ، والعليا ساكنة لاحركة فيها .

ولنا : قول أبى بكر وعلى رضى الله عنهما ، ولأن كل شيئين وجبت فيهما الدية وجب فى أحدهما نصفها كسائر الأعضاء ، ولأن كل ذى عدد وجبت فيه الدية سوى بين جميعه فيها ، كالأصابع والأسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ماذكرنا من الأصل .

٦٩٣٥ فصل

فإن ضربهما فأشلهما وجبت ديتهما ، لأنه أتلف منفعتهما ، فوجبت ديتهما كالو أشل يديه . وإن تقلصت[1] فلم تنطبقا على الأسنان أو استرختا فصارتا لاتنفصلان عن الأسنان ففيهما الدية ، لأنه عطل منفعتهما وجمالهما ، وإن تقلصتا بعض التقليص وجبت الحكومة ، لأن منافعهما لم تبطل بالكلية .

٦٩٣٦ فصل

حد الشفة السفلى من أسفل ماتجافى عن الأسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن ، وحد العليا من فوق ماتجافى عن الأسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز. وحدهما طولا طول الفم إلى حاشية الشدقين وليست حاشية الشدقين منهما .

٦٩٣٧ مسألة

قال : ﴿ وفى اللسان المتكلم به الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى لسان الناطق ،وروى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ، وعلى ، وابن مسعود رضى الله عنهم ، وبه قال أهل المدينة ، وأهل الكوفة ، وأصحاب الرأى ، وأصحاب الحديث ، وغيرهم . وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : « وفى اللسان الدية » ، ولأن فيه جمالا ومنفعة ، فأشبه الأنف ، فأما الجمال : فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الجمال فقال : « فى اللسان » ، ويقال : جمال الرجل فى لسانه ، والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ، ويقال : ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة . وأما النفع فإن به تبلغ الأغراض ، وتستخلص الحقوق ، وتدفع الآفات ، وتقضى به الحاجات ، وتتم العبادات فى القراءة والذكر والشكر والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، والتعليم ، والدلالة على الحق المبين ، والصراط المستقيم ، وبه يذوق الطعام ، ويستعين فى مضغه وتقليبه ، وتنقية الفم وتنظيفه ، فهو أعظم الأعضاء نفعاً ، وأتمها جمالا ، فإيجاب الدية فى غيره تنبيه على إيجابها فيه ، وإنما تجب الدية فى لسان الناطق ، فإن كان أخرس لم تجب فيه دية كاملة بغير خلاف ، لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة .

٦٩٣٨ فصل

وفى الكلام الدية فإذا جنى عليه فخرس وجبت ديته ، لأن كل ماتعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفعته كاليد ، فأما إن جنى عليه فأذهب ذوقه . فقال أبو الخطاب : فيه الدية ، لأن الذوق حاسة فأشبه

---

(١) الأنسب (تقاصتا) بالصاد ضد تمددتا أى انكمشتا ويقال هذا فى المسألة التالية (ف)

الشم ، وقياس المذهب أنه لادية فيه ، فإنه لايختلف فى أن لسان الأخرس لاتجب فيه الدية ، وقد نص أحمد رحمه الله على أن فيه ثلث الدية ، ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى ، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال : قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ، ومنهم من قال : لانص له فيه،ومنهم من قال : قد نص على أن فى لسان الأخرس حكومة ، وإن ذهب الذوق بذهابه والصحيح إن شاء الله أنه لادية فيه ، لأن فى إجماعهم على أن لسان الأخرس لاتكمل الدية فيه إجماعاً على أنها لاتكمل فى ذهاب الذوق بمفرده ، لأن كل عضو لاتكمل الدية فيه بمنفعته لاتكمل بمنفعته دونه ، كسائر الأعضاء ، ولا تفريع على هذا القول ، فأما على الأول ، فإذا ذهب ذوقه كله ففيه دية كاملة ، وإن نقص نقصاً غير مقدر بأن يحس المذاق كله إلا أنه لايدركه على الكمال ففيه حكومة ، كالو نقص بصره نقصاً لا يتقدر ، وإن كان نقصاً يتقدر بألا يدرك بأحد المذاق الخمس وهى : الحلاوة ، والمرارة ، والحموضة والملوحة ، والعذوبة ، ويدرك بالباق ففيه خمس الدية ، وفى اثنتين خمساها ، وفى ثلاث ثلاثة أخماسها ، وإن لم يدرك بواحدة ونقص الباقى فعليه خمس الدية ، وحكومة لنقص الباقى ، وإن قطع لسان أخرس فذهب ذوقه ففيه الدية ، لإتلافه الذوق ، وإن جنى على لسان ناطق ، فأذهب كلامه وذوقه ففيه دية واحدة ، لأنهما يذهبان تبعاً لذهابه ، فوجبت ديته دون ديتهما كالو قتل إنساناً لم تجب إلا دية واحدة ، ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففى كل منفعة دية .

٦٩٣٩ فصل

وإن ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدر ماذهب ، يعتبر ذلك بحروف المعجم ، وهى ثمانية وعشرون حرفاً سوى «لا» فإن مخرجها مخرج اللام والألف ، فمهما نقص من الحروف وجب من الدية بقدره ، لأن الكلام يتم بجميعها ، فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ، ففى الحرف الواحد ربع سبع الدية ، وفى الحرفين نصف سبعها ، وفى الأربعة سبعها ، ولا فرق بين ماخف من الحروف على اللسان وما ثقل ، لأن كل ماوجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالأصابع ، ويحتمل أن تقسم الدية على الحروف التى للسان فيها عمل ، دون الشفة ، وهى أربعة الباء ، والميم ، والفاء والواو ، دون حروف الحلق الستة : الهمزة ، والهاء ، والحاء ، والخاء ، والعين ، والغين ، فهذه عشرة بقى ثمانية عشر حرفاً للسان تنقسم ديته عليها ، لأن الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه ، فإذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب فى بعضها بقسطه منها ، ففى الواحد نصف تسع الدية ، وفى الاثنين تسعها ، وفى الثلاثة سدسها ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

وإن جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره ، وكذلك إن ذهب بعض حروف الحلق بجنايته ، وينبغى أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين وجهاً واحداً ، وإن ذهب حرف فعجز عن

كله لم يجب غير أرش الحرف ، لأن الضمان إنما يجب لما تلف ، وإن ذهب حرف فأبدل مكانه حرفاً آخر كأنه يقول درهم فصار يقول دلهم ، أو دعهم ، أوديهم ، فعليه ضمان الحرف الذاهب ، لأن ماتبدل لا يقوم مقام الذاهب في القراءة ولا غيرها ، فإن جنى عليه فذهب البدل وجبت ديته أيضاً ، لأنه أصل ، وإن لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فأفأة فعليه حكومة لما حصل من النقص والشين ، ولم تجب الدية ، لأن المنفعة باقية ، وإن جنى عليه جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة ، كما لو جنى على عينه جان فعمشت ، ثم جنى عليها آخر فذهب ببصرها ، وإن أذهب الأول بعض الحروف وأذهب الثاني بقية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه ، كما لو ذهب الأول ببصر إحدى العينين ، وذهب الآخر ببصر الأخرى ، وإن كان ألثغ من غير جناية عليه فذهب إنسان بكلامه كله فإن كان مأيوساً[1] من زوال لثغته ففيه بقسط ماذهب من الحروف ، وإن كان غير مأيوس من زوالها كالصبي ففيه الدية كاملة لأن الظاهر زوالها ، وكذلك الكبير إذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم .

٦٩٤٠ فصـــــل

إذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فإن استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما ، كما لو قلع إحدى عينيه فذهب بصرها ، وإن ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه ، أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه ، وجب بقدر الأكثر ، وهو نصف الدية في الحالين ، لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفرداً ، فإذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف ، ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية ، ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية ، وإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب نصف الدية فإن قطع آخر بقية اللسان فذهبت بقية الكلام ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : عليه نصف الدية ، هذا قول القاضي ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن السالم نصف اللسان ، وباقيه أشل ، بدليل ذهاب نصف الكلام .

والثاني : عليه نصف الدية ، وحكومة للربع الأشل ، لأنه لو كان جميعه أشل لكانت فيه حكومة أو ثلث الدية ، فإذا كان بعضه أشل ففي ذلك البعض حكومة أيضاً .

الثالث : عليه ثلاثة أرباع الدية ، وهذا الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ، لأنه قطع ثلاثة أرباع لسانه ، فذهب ربع كلامه ، فوجبت عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولا ولا يصح القول بأن بعضه أشل ،

(١) في ١٨ : ميئوساً .

لأن العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضـه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفاً ، واليـد إذا كان بطشها ناقصاً ، وإن قطـع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته ، فإن قطع الآخر بقيتـه فعليه ثلاثة أرباع الدية ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر عليه نصف الدية ، لأنه لم يقطع إلا نصف لسانه .

ولنـا : أنه ذهب ثلاثة أرباع الـكلام ، فلزمه ثلاثة أرباع ديته ، كما لو ذهب ثلاثة أرباع الـكلام بقطع نصف اللسان الأول ، ولأنه لو أذهب ثلاثة أرباع الـكلام بقطع نصف اللسان الأول ، ولأنه لو أذهب ثلاثة أرباع الـكلام مع بقاء اللسان لزمه ثلاثة أرباع الدية ، فلأن تجب بقطع نصف اللسان في الأول أولى ، ولو لم يقطع الثاني نصف اللسان ، لـكن جنى عليه جناية أذهبت بقية كلامه مع بقاء لسانه لـكان عليه ثلاثة أرباع ديته ، لأنه ذهب بثلاثة أرباع ما فيه الدية ، فـكان عليه ثلاثة أرباع الدية ، كما لو جنى على صحيح فذهب بثلاثة أرباع كلامه مع بقاء لسانه .

٦٩٤١ فصـــل

وإذا قطع بعض لسانه عمداً فاقتص المجني عليه من مثل ما جنى عليه به فذهب من كلام الجاني مثل ما ذهب من كلام المجني عليه وأكثر ، فقد استوفى حقه ، ولا شيء في الزائد ، لأنه من سراية القود ، وسراية القود غير مضمونة ، ، وإن ذهب أقل فللمقتص دية ما بقي ، لأنه لم يستوف بدله .

٦٩٤٢ فصـــل

وإذا قطع لسان صغير لم يتـكلم لطفوليته وجبت ديته ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا تجب ، لأنه لسان لا كلام فيه ، فلم تجب فيه دية كلسان الأخرس .

ولنـا : أن ظاهره السلامة ، وإنما لم يتـكلم لأنه لا يحسن الـكلام ، فوجبت به الدية كالـكبير ، ويخالف الأخرس ، فإنه علم أنه أشل ، ألا ترى أن أعضاءه لا يبطش بها ، وتجب فيـه الدية ؟ وإن بلغ حداً يتـكلم فقطع لسانه لم تجب فيـه الدية ، لأن الظاهر أنه لا يقدر على الـكلام ، ويجب فيه ما يجب في لسان الأخرس ، وإن كبر فنطق ببعض الحروف وجب فيه بقدر ما ذهب من الحروف ، لأننا تبينا أنه كان ناطقاً ، وإن كان قد بلغ إلى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع فلا دية فيه ، لأن الظاهر أنه لو كان صحيحاً لتحرك ، وإن لم يبلغ إلى حد يتحرك ففيه الدية ، لأن الظاهر سلامته ، وإن قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيـه مثل ما ذكرنا فيما إذا اختلفا في شلل العضو المقطوع على ما ذكرناه فيما مضى .

٦٩٤٣ فصـــــل

وإن جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية ، لأننا تبينا أنه لم يذهب ، ولو ذهب لم يعد ، وإن كان قد أخذ الدية ردها ، وإن قطع لسانه فعاد لم تجب الدية أيضاً ، وإن كان قد أخذها ردها ، قاله أبو بكر ، وظاهر مذهب الشافعى : أنه لا يرد الدية ، لأن العادة لم تجر بعوده ، واختصاص هذا بعوده يدل على أنه هبة مجددة .

ولنـا : أنه عاد ماوجبت فيه الدية ، فوجب رد الدية كالأسنان وسائر مايعود ، وإن قطع إنسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية ، لأن الـكلام الذى كان باللسان قد ذهب ولم يعد إلى اللسان وإنما عاد فى محل آخر بخلاف التى قبلها ، وإن قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الـكلام لم يرد الدية ، لأنه قد ذهب ماتجب الدية فيه بانفراده وإن عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضاً لذلك .

٦٩٤٤ فصـــــل

وإذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية ، لأن ذهاب الـكلام بمفرده يوجب لدية ، وإن ذهب بعض الـكلام نظرت فإن كان الطرفان متساويين وكان ماقطعه بقدر ماذهب من الـكلام وجب ، وإن كان أحدهما أكبر وجب الأكثر على مامضى ، وإن لم يذهب من الـكلام شيء وجب بقدر ماذهب من اللسان من الدية ، وإن كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة ، وفيه حكومة ، وإن قطع جميع اللسان وجبت الدية من غير زيادة ، سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين ، وقال القاضى : إن كانا متساويين ففيهما الدية : وإن كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان وجبت الديه ، وحكومة فى الخلقة الزائدة .

ولنـا : أن هـذه الزيادة عيب ونقص يرد بهـا المبيع وينقص من ثمنه ، فلم يجب فيهـا شيء ، كالسلعة فى اليد ، وربما عاد القولان إلى شيء واحد ، لأن الحـكومة لايخرج بهـا شيء إذا كانت الزيادة عيباً .

٦٩٤٥ مســـــألة

قال : ﴿ وفى كل سن خمس من الإبـل ، إذا قلعت ممن قد أثغر ، والأضراس والأنيـاب كالأسنـان ﴾ .

لانعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن دية الأسنان خمس خمس فى كل سن ، وقد روى ذلك عن عمر بن

الخطاب ، وابن عباس ، ومعاوية ، وسعيد بن المسيب ، وعروة ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم : « فى السن خمس من الإبل » . رواه النسائى وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى الأسنان خمس خمس » ، رواه أبو داود ، فأما الأضراس والأنياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان ، منهم عروة ، وطاوس ، وقتادة ، والزهرى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وروى ذلك عن ابن عباس ، ومعاوية . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الأضراس ببعير بعير . وعن سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجعلت فى الأضراس بعيرين بعيرين . فتلك الدية سواء ، وروى ذلك مالك فى موطئه ، وعن عطاء نحوه ، وحكى عن أحمد رواية : أن فى جميع الأسنان والأضراس الدية ، فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد ، للإجماع على أن فى كل سن خمساً من الإبل ، وورد الحديث به ، فيكون فى الأسنان ستون بعيراً ، لأن فيه اثنى عشر سناً ، أربع ثنايا ، وأربع رباعيات ، وأربعة أنياب ، فيها خمس خمس ، وفيه عشرون ضرساً فى كل جانب عشرة ، خمسة من فوق وخمسة من أسفل ، فيكون فيها أربعون بعيراً ، فى كل ضرس بعيران ، فتكمل الدية . وحجة من قال هذا : أنه ذو عدد يجب فيه الدية ، فلم تزد ديته على دية الإنسان كالأصابع والأجفان وسائر مافى البدن ، ولأنها تشتمل على منفعة جنس ، فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ، ولأن الأضراس تختص بالمنفعة دون الجمال ، والأسنان فيها منفعة وجمال ، فاختلفا فى الأرش .

ولنا : ماروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الأصابع سواء ، والأسنان سواء ، الثنية والضرس سواء ، هذه وهذه سواء » . وهذا نص ، وقوله فى الأحاديث المتقدمة : « فى الأسنان خمس خمس » ولم يفصل فيدخل فى عمومها الأضراس ، لأنها أسنان ، ولأن كل دية وجبت فى جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع ، كالأصابع والأجفان والشفتين وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال : لا أعتبرها بالأصابع ، فأما ماذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه ، فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذى ذكروه ، ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد ، فكان ماذكرناه مع موافقة الأخبار وقول أكثر أهل العلم أولى .

وأما على قول عمر : إن فى كل ضرس بعيراً فيخالف القياسين جميعاً والأخبار ، فإنه لايوجب الدية الكاملة ، وإنما يوجب ثمانين بعيراً ، ويخالف بين الأعضاء المتجانسة ، وإنما يجب هذا الضمان فى سن من قد ثغر[1] وهو الذى أبدل أسنانه وبلغ حداً إذا قلعت سنه لم يعد بدلها ، يقال : ثغر وأثغر واتغر إذا

---

(١) فى ١٨ و ٣٩ : أثغر .

كان كذلك ، فأما سن الصبى الذى لم يثغر فلا يجب بقلعها فى الحال شىء ، هذا قول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن العادة عود سنه ، فلم يجب فيها فى الحال شىء ، كنتف شعره ، لكن ينتظر عودها ، فإن مضت مدة ييأس من عودها [فيها] وجبت ديتها ، قال أحمد : يتوقف سنة ، لأنه الغالب فى نباتها .

وقال القاضى : إذا سقطت أخواتها ولم تعد هى أخذت الدية ، وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها ، كما لو نتف شعره فعاد مثله ، لكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة ، لأن الظاهر أن ذلك بسبب الجناية عليها ، فإن أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها من ديتها بقدر مانقص ، وكذلك إن كانت فيها ثلمة أمكن تقديرها ففيها بقدر ماذهب منها ، كما لو كسر من سنه ذلك القدر ، وإن نبتت أكبر من أخواتها ففيها حكومة ، لأن ذلك عيب . وقيل : فيها وجه آخر ، لاشىء فيها لأن هذا زيادة ، والصحيح الأول ، لأن ذلك شَيْن حصل بسبب الجناية ، فأشبه نقصها . وإن نبتت مائلة عن صف الأسنان بحيث لاينتفع فيها ديتها ، لأن ذلك كذهابها ، وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ، ونقص نفعها ، وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة ، لنقص جمالها ، وإن نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضى .

إحداهما : فيها ديتها . والثانية : فيها حكومة ، كما لو سودها من غير قلعها .

وإن مات الصبى قبل اليأس من عود سنه ففيه وجهان :

أحدهما : لاشىء له لأن الظاهر أنه لو عاش لعادت فلم يجب فيها شىء كما لو نتف شعره .

والثانى فيها الديه لأنه قلع سناً وأيس من عودها ، فوجبت ديتها كما لو مضى زمن تعود فى مثله فلم تعد .

وإن قلع سن من قد ثغر[1] وجبت ديتها فى الحال ، لأن الظاهر أنها لاتعود ، فإن عادت لم تجب الدية وإن كان قد أخذها ردها . وبهذا قال أصحاب الرأى ، وقال مالك : لا يرد شيئاً لأن العادة أنها لاتعود ، فمتى عادت كانت هبة من الله تعالى مجددة ، فلا يسقط بذلك ماوجب له بقلع سنه ، وعن الشافعى كالمذهبين .

وانما : أنه عاد له فى مكانها مثل التى قلعت ، فلم يجب له شىء كالذى لم يثغر ، وإن عادت ناقصة أو مشوهة فحكمها حكم سن الصغير إذا عادت على ماذكرنا ، ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة ييأس

(١) فى ١٨ و ٣٩ : أثغر .

من عودها وحكم بوجوب الدية فعـادت بعد ذلك سقطت الدية ، وردت إن كانت أخذت ، كسن الـكبير إذا عادت .

٦٩٤٦ فصـــــل

وتجب دية السن فيما ظهر منها من اللثة ، لأن ذلك هو المسمى سناً ، وما فى اللثة منها يسمى سِنْخاً[1] ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففى السن ديتها ، وفى السنخ حكومة ، كما لو قطـع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وإن قلعها الآخر بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها ، كما لو قطع اليد من كوعها وإن فعل ذلك فى مرتين فـكسر السن ثم عاد فقلع السنخ فعليه ديتها وحكومة ، لأن ديتها وجبت بالأول ثم وجب عليه بالثانى حكومة ، كما لو فعله غيره ، وكذلك لو قطع الأصابع ثم قطـع الـكف ، وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره ، وإن كان ذهب النصف وجب نصف الأرش ، وإن كان الذاهب الثلث وجب الثلث ، وإن جاء آخر فـكسر بقيتها فعليه بقية الأرش ، فإن قلع الثانى بقيتها بسنخها نظرنا فإن كان الأول كسرها عرضاً فليس على الثانى للسنخ شىء ، لأنه تابع لما قلعه من ظاهر السن ، فصار كما لو قطع الأول من كل إصبع من أصابعه أنملة ، ثم قطع الثانى يده من الـكوع ، وإن كان الأول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثانى فقطع الباقى بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقى ، وحكومة لنصف السنخ الذى بقى لما كسره الأول ، كما لو قطع الأول إصبعين من يد ثم جاء الثانى فقطع الـكف كله ، فإن اختلف الثانى والمجنى عليه فيما قلعه الأول فالقول قول المجنى عليـه ، لأن الأصل سلامة السن ، وإن انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية فى قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة ، وإن اختلفا فى قدر الظاهر اعتبر ذلك بأخواتها ، فإن لم يكن لها شىء يعتبر به ، ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة فالقول قول الجانى لأن الأصل براءة ذمته .

٦٩٤٧ فصـــــل

وإن قلع سناً مضطربة لـكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام والريق وجبت ديتها ، وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقى بعضها ، لأن جمالها وبعض منافعها باق ، فـكمل ديتها كاليد المريضة ويد الـكبير ، وإن ذهبت منافعها كلها فهى كاليد الشلاء على ماسنذكره إن شاء الله تعالى ، وإن قلع سناً فيهـا داء أو آكِلَة[2] فإن لم يذهب شىء من أجزائها وجب فيها دية السـن الصحيحة ، لأنهـا كاليد المريضة ، وإن سقط من أجزائها شىء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ، ووجب الباقى ، وإن كان إحدى ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها .

---

(١) السنخ : بكسر السين وسكون النون منبت السن . (ف)
(٢) الآكلة : داء فى العضو يأتكل منه . (ف)

٦٩٤٨ فصـــــل

فإن جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الأسنان وقيل : إنها تعود إلى مدة[1] إلى ما كانت عليه نظرت إليها ، فإن ذهبت وسقطت وجبت ديتها ، وإن عادت كما كانت فلا شيء فيها ، كالو جـنى على يده فمرضت ثم برأت ، وإن بقي فيها اضطراب ففيها حكومة ، وإن قلعها قالع فعليه ديتها كاملة ، كما ذكرنا في الفصل الذي قبله ، وعلى الأول حكومة لجنايته ، وإن مضت المدة ولم تعد إلى ما كانت عليـه ففيها حكومة ، وإن قلعها قالع فعليـه ديتها كما ذكرنا ، وإن قالوا : يرجى عودها من غـير تقدير مدة وجبت الحـكومة فيها ، لئلا يفضي إلى إهدار الجناية ، فإن عادت سقطت الحـكومة لما ذكرنا في غيرها .

٦٩٤٩ فصـــــل

فإن قلع قالع سنه فردها صاحبها فنبتت في موضعها لم تجب ديتها ، نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد ، وهذا قول أبي بكر ، وعلى قول القاضي تجب ديتها ، وهو مذهب الشافعي ، وقد ذكرنا توجيههما فيما إذا قطع أنفه فرده فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب فيها حكومة لنقصها إن نقصت ، أو ضعفها إن ضعفت ، وإن قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لأنها سن ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كالو لم تنقلع وعلى قول القاضي ينبني حكمها على وجوب قلعها فإن قلنا : يجب قلعها فلا شيء على قالعها لأنه قد أحسن بقلعه مايجب قلعه ، وإن قلنا لايجب قلعها احتمل أن يؤخذ بديتها لما ذكرنا واحتمل أن لايؤخذ بديتها لأنه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولـكن فيها حكومة ، فأما إن جعـل مكانها سناً أخرى أو سن حيوان أو عظماً فنبتت وجب ديتها وجهاً واحـداً ، لأن سنه ذهبت بالـكلية فوجبت ديتها كالو لم يجعل مكانها شيئاً ، وإن قلعت هـذه الثانية لم تجب ديتها ، لأنها ليست سنًّا له ، ولا هي من بدنه ، ولـكن يجب فيها حـكومة ، لأنها جناية أزالت جماله ومنفعته ، فأشبه مالو خاط جرحه بخيط فالتحم ، فقلع أسنان الخيط فانفتح الجرح ، وزال التحامه ، ويحتمل ألا يجب شيء ، لأنه أزال ماليس من بدنه ، أشبه مالو قلع الأنف[2] الذهب الذي جعله المجدوع مكان أنفه .

٦٩٥٠ فصـــــل

وإن جنى على سنه فسودها فحـكي عن أحمد رحمه الله في ذلك روايتان :

إحداهما : تجب ديتها كامـلة ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، ويروى هـذا عن زيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سـيرين ، وشريح ، والزهري ، وعبـد الملك بن مروان ، والنخعي ،

---

(١) في ١٨ و٢٩ : في مدة .

(٢) في ١٨ : أنفاً من ذهب جعله ...

ومالك ، والليث ، وعبد العزيز بن أبى سلمة ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وهو أحد قولى الشافعى .

والرواية الثانية : عن أحمد أنه إن أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتهـا ، وإن لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضى ، والقول الثانى للشافعى ، وهو المختار عنـد أصحابه ، لأنه لم يذهب بمنفعتها فلم تـكمل ديتها كالو اصفرت .

ولنا : أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخـالف فى الصحابة[1] ، فـكان إجماعاً ، ولأنه أذهب الجمال على الكمال ، فـكملت ديتها كالو قطـع أذن الأصم ، وأنف الأخشم ، فأما إن اصفرت أو احمرت لم تـكمل ديتها ، لأنه لم يذهب الجمال على الـكمال ، وفيها حكومة ، وإن اخضرت احتمل أن يـكون كتسويدها ، لأنه يذهب بجمالها واحتمل أن لا يجب فيها إلا حكومة ، لأن ذهاب جمالها بتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كالو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعـد تسويدها ، ففيها ثلث ديتها ، أو حكومة على ماسنذكره فيما بعد وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة يجب فى قلعها ديتها كالو صفرها .

٦٩٥١ فصـــــل

وإن جنى على سنه فذهبت حدتها وكلّت ففى ذلك حكومة وعلى قالعها بعد ذلك دية كاملة ، لأنها سن صحيحة كاملة فـكملت ديتها كالمضطربة ، وإن ذهب منها جزء ففى الذاهب بقدره ، وإن قلعهـا قالع نقص من ديتها بقدر ماذهب كالو كسر منها جزء .

٦٩٥٢ فصـــــل

وفى اللحيين الدية ، وهما العظمان اللذان فيهما الأسنان السفلى ، لأن فيهما نفعاً وجمالا ، وليس فى البدن مثلهما ، فـكانت فيهما الدية كسـائر مافى البدن منه شيئان ، وفى أحدهما نصفها كالواحـد مما فى البدن منه شيئان ، وإن قلعهما بما عليهما من الأسنان وجبت عليه ديتهما ، ودية الأسنان ، ولم تدخل دية الأسنان فى ديتهما ، كما تدخل دية الأصابع فى دية الوجه لوجوه ثلاثة :

أحدها : أن الأسنان مغروزة فى اللحيين غير متصلة بهما ، بخلاف الأصابع .

والثانى : أن كل واحد من اللحيين والأسنان ينفرد باسمه ، ولا يدخل أحدهما فى اسم الآخر ، بخلاف الأصابع والـكف ، فإن اسم اليد يشملهما .

والثالث : أن اللحيين توجدان قبل وجود الأسنان فى الخلقة وتبقيان بعد ذهابها فى حق الـكبير ،

---

(١) فى ١٨ : من الصحابة .

ومن تقلعت أسنانه عادة(١) بخلاف الأصابع والكف .

٦٩٥٣ 

قال : ﴿ وفي اليدين الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في إحداهما ، وروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية » . وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفي اليد خمسون من الإبل » ، ولأن فيهما جمالا ظاهراً ، ومنفعة كاملة ، وليس في البدن من جنسهما غيرهما ، فكان فيهما الدية كالعينين واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لأن اسم اليد عند الإطلاق ينصرف إليها بدليل أن الله تعالى لما قال : (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا)(١) كان الواجب قطعهما من الكوع ، وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين فإن قطع يده من فوق الكوع مثل أن يقطعها من المرفق أو نصف الساعد ، فليس عليه إلا دية اليد ، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وهذا قول عطاء ، وقتادة ، والنخعي ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وظاهر مذهبه عند أصحابه : أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد ، لأن اسم اليد لها إلى الكوع ، ولأن المنفعة المقصودة في اليد من البطش والأخذ والدفع بالكف ، وما زاد تابع للكف ، والدية تجب في قطعها من الكوع بغير خلاف ، فتجب في الزائد حكومة كما لو قطعه بعد قطع الكف قال أبو الخطاب ، وهذا قول القاضي .

ولنا : أن اليد اسم للجميع إلى المنكب ، بدليل قوله تعالى : (وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ)(١) . ولما نزلت آية التيمم مسحت الصحابة إلى المناكب . وقال ثعلب : اليد إلى المنكب . وفي عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يداً ، فإذا قطعها من فوق الكوع فما قطع إلا يداً فلا يلزمه أكثر من ديتها ، فأما قطعها في السرقة فلأن المقصود يحصل به ، وقطع بعض الشيء يسمى قطعاً له ، كما يقال قطع ثوبه إذا قطع جانباً منه وقولهم : إن الدية تقع في قطعها من الكوع ، قلنا : وكذلك تجب بقطع الأصابع منفردة ، ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب في قطع الأصابع ، والذكر يجب في قطعه من أصله مثل ما يجب بقطع حشفته ، فأما إذا قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانياً حكومة لأنه وجبت

---

(١) (عادة) هكذا في طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٢٩ وفي طبعة الفقي ج ٨ ص ٢٧ لكنه صوبها بقوله (عادت) وليس كما فهم وعبارة الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٤ « فإنهما يوجدان قبل وجود الأسنان ، ويبقيان بعد قلعهما » والصواب (بعد قلعها) .

(٢) سورة المائدة آية ٣٨ .

(٣) سورة المائدة آية ٦ .

عليه دية اليد بالقطع الأول فوجبت بالثانى حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الـكف ، أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته ، أو كما لو فعل ذلك اثنان .

٦٩٥٤ فصـــــل

فإن جنى عليها فأشلها وجبت عليه ديتها لأنه فوت منفعتها ، فلزمته ديتها ، كما لو أعمى عينه مع بقائها أو أخرس لســانه ، وإن جنى على يده فعوّجها أو نقص قوتها أو شانها فعليه حـكومة لنقصها ، وإن كسرها ثم انجبرت مستقيمة وجبت حكومة لشينها إن شانها ذلك ، وإن عادت معوجة فالحكومة أكثر لأن شينها أكثر ، وإن قال الجانى أنا أكسرها ثم أجبرها مستقيمة لم يمكن من ذلك لأنها جناية ثانية ، فإن كسرها تعـدياً ثم جبرها فاستقامت لم يسقط ماوجب من الحـكومة فى اعوجاجها ، لأن ذلك استقر حين انجبرت عوجاء ، وهذه جناية ثانية ، والجبر الثانى لها دون الأولى ، ولا يشبه هذا ما إذا ذهب ضوء عينه ثم عاد ، لأننا تبينا أن الضوء لم يذهب وإنمـا حال دونه حائل ، وههنا بخلافه ، وتجب الحـكومة فى الـكسر الثانى لأنها جناية ثانية ، ويحتمل ألا تجب لأنه أزال ضرر العوج منها ، فـكان نفعاً ، فأشبه ما لو جنى عليه بقطع سِلْعة[1] أزالها عنه .

٦٩٥٥ فصـــــل

فإن كان له كفان فى ذراع أو يدان على عضد وإحداهما باطشة دون الأخرى أو إحداهما أكثر بطشاً أو فى سمت الذراع والأخرى منحرفة عنه ، أو إحداهما تامة والأخرى ناقصـة ، فالأولى هى الأصليـة ، والأخرى زائدة ، ففى الأصلية ديتهـا ، والقصاص بقطعها عمداً ، والأخرى زائدة فيها حـكومة ، سواء قطعها مفردة أو قطعها مع الأصلية ، وعلى قول ابن حامد : لا شىء فيهـا ، لأنها عيب ، فهى كالسلعة فى اليد ، وإن استويا من كل الوجوه ، فإن كانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد ، أو حكومة ، ولا تجب دية اليد كاملة ، لأنهما لا نفع له فيهمـا ، فهمـا كاليد الشلاء ، وإن كانتا باطشتين ففيهما جميعاً دية اليد ، وهل تجب حكومة مع ذلك ؟ على وجهين بناء على الزائدة هل فيهـا حكومة أم لا ؟ وإن قطع إحـداهما فلا قود ، لاحتمال أن تـكون هى الزائدة ، فلا تقطع الأصلية بها وفيها نصف ما فيهما إذا قطعتا لتساويهما وإن قطع أصبعاً من أحديهما[2] وجب أرش نصف أصبع ، وفى الحـكومة وجهان ، وإن قطع ذو اليد التى لهـا طرفان يداً مفردة وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد ، لأن هـذا نقص لايمنع القصاص كالسلعة فى اليد ، وعلى قول غيره لايجب ، لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ، ولا تقطع إحداهما ، لأنا لا نعرف

(١) السلعة : خراج فى البدن أو زيادة فيه كالغدة بين الجلد واللحم . (ف)

(٢) فى طبعة رشيـد ج ٩ ص ٦٢٢ ، والفقى ج ٨ ص ٢٩ : (إحديهما) والصـواب (إحداهما) كما فى الشرح الـكبير ج ٩ ص ٥٧٢ (ف)

الأصلية فنأخذها ، ولا نأخذ زائدة بأصلية ، فأما إن كان له قدمان في رجل واحدة فالحكم على ما ذكرناه في اليدين ، فإن كانت إحدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساوياً للرجل الأخرى فهو الأصلي ، وإن كان زائداً عنها والآخر مساو للرجل الأخرى فهو الأصلي ، وإن كان له في كل رجل قدمان يمكنه المشي على الطويلتين مشياً مستقيما فهما الأصليان ، وإن لم يمكنه فقطعا وأمكنه المشي على القصيرتين فهما الأصليان والآخران زائدان ، وإن أشل الطويلتين ففيهما الدية ، لأن الظاهر أنهما الأصليان ، فإن قطعهما قاطع فأمكنه المشي على القصيرتين تبين أنهما الأصليان ، وإن لم يمكنه فالطويلان هما الأصليان .

٦٩٥٦ مسألة

قال : ﴿ وفي الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة ﴾ .

أما ثديا المرأة ففيهما ديتها ، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، وفي الواحد منهما نصف الدية . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثدي المرأة نصف الدية ، وفي الثديين الدية ، وممن حفظنا ذلك عنه الحسن ، والشعبي ، والزهري ، ومكحول ، وقتادة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي وأصحاب الرأي ، ولأن فيهما جمالا ومنفعة ، فأشبها اليدين والرجلين ، وفي أحدهما نصف الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين ، وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما ، نص عليه أحمد رحمه الله ، وروى نحو هذا الشعبي والنخعي والشافعي ، وقال مالك والثوري : إن ذهب اللبن وجبت ديتهما ، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه ، ونحوه قال قتادة إذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية .

ولنا : أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه ، فوجبت ديتهما كالأصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالأصابع في الكف ، وإن قطع الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله ، وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيهما ثلث الدية مع ديتهما وإن حصل جائفتان وجبت دية وثلثان ، وإن ضربهما فأشلهما ففيهما الدية كما لو أشل يديه ، وإن جنى عليهما فأذهب لبنهما من غير أن يشلهما ، فقال أصحابنا : فيهما حكومة ، وهذا قول أصحاب الشافعي ، ويحتمل أن تجب ديتهما ، لأنه ذهب بنفعهما فأشبه ما لو أشلهما . وهذا ظاهر قول مالك والثوري وقتادة ، وإن جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة ، فإن قالوا : إن الجناية سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده ، وإن قالوا ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه أرشه ، لأن الأصل براءة ذمته ، فلا يجب فيها شيء بالشك ، وإن جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذي نقصهما .

٦٩٥٧ فصــــل

فأما ثديا الرجل وهما الثَّنْدُوَتَانِ ففيهما الدية ، وبهذا قال إسحاق . وحكى ذلك قولا للشافعى ، وقال النخعى ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : فيهما حكومة ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأنه ذهب بالجمال من غير منفعة ، فلم تجب الدية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلا ، وقال الزهرى فى حلمة الرجل خمس من الإبل ، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية .

ولنا : أن ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر الأعضاء ، ولأنهما عضوان فى البدن يحصل بهما الجمال ليس فى البدن غيرهما من جنسهما ، فوجبت فيهما الدية كاليدين ، ولأنه أذهب الجمال فوجبت الدية كالشعور الأربعة عند أبى حنيفة ، وكأذنى الأصم وأنف الأخشم عند الجميع ، ويفارق العين القائمة ، لأنه ليس فيها جمال كامل ولأنها عضو قد ذهب منه ماتجب فيه الدية فلم تكمل كاليدين إذا شلتا بخلاف مسألتنا .

٦٩٥٨ مســـألة

قال : ﴿ وفى الأليتين الدية ﴾ .

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون : فى الأليتين الدية . وفى كل واحدة منهما نصفها ، منهم عمرو بن شعيب ، والنخعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة ، فإنه يجلس عليهما كالوسادتين ، فوجب فيهما الدية ، وفى إحداهما نصفها كاليدين ، والأليتان هما ماعلا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين ، وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم تحتهما ، وفى ذهاب بعضهما بقدره لأن ماوجبت الدية فيه وجب فى بعضه بقدره فإن جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره .

٦٩٥٩ فصــــل

وفى الصلب الدية إذا كسر فلم ينجبر ، لما روى فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : «وفى الصلب الدية» ، وعن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن فى الصلب الدية ، وهذا ينصرف إلى سنة النبى صلى الله عليه وسلم . وممن قال بذلك زيد بن ثابت،وعطاء ، والحسن ، والزهرى ، ومالك، وقال القاضى ، وأصحاب الشافعى : ليس فى كسر الصلب دية ، إلا أن يذهب مشيه أو جماعه ، فتجب الدية لتلك المنفعة ، لأنه عضو لم تذهب منفعته ، فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء .

ولنا : الخبر ، ولأنه عضو ليس فى البدن مثله فيه جمال ومنفعة ، فوجبت الدية فيه بمفرده كالأنف ، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية فى قول الجميع ، ولا يجب أكثر من دية لأنها منفعة تلزم كسر

الصلب غالباً فأشبه مالو قطع رجليه ، وإن لم يذهب مشيه لكن ذهب جماعه ففيه الدية أيضاً . روى ذلك على رضى الله عنه ، لأنه نفع مقصود فأشبه ذهاب مشيه ، وإن ذهب جماعُه ومشيه وجبت ديتان فى ظاهر كلام أحمد رحمه الله فى رواية ابنه عبد الله ، لأنهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة ، فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر ، وعن أحمد : فيهما دية واحدة ، لأنهما نفع عضو واحد ، فلم يجب فيها أكثر من دية واحدة ، كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ، وإن جبر صلبه فعادت إحدى المنفعتين دون الأخرى لم يجب إلا دية ، إلا أن تنقص الأخرى فتجب حكومة لنقصها ، أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لذلك ، وإن ادعى ذهاب جِمَاعِه وقال رجلان من أهل الخبرة : إن مثل هذه الجناية يذهب بالجماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه ، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحمد وجوب ديتين ، لكسر الصلب واحدة ، لكسر وللذكر أخرى ، وفى قول القاضى ، ومذهب الشافعى ، يجب فى الذكر دية ، وحكومة لكسر الصلب وإن أشل رجليه ففيهما دية أيضاً ، وإن أذهب ماؤه دون جماعه احتمل وجوب الدية ، وهذا يروى عن مجاهد . قال بعض أصحاب الشافعى : هو الذى يقتضيه مذهب الشافعى ، لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رَضَّهما[1] ، ويحتمل أن لا تجب الدية كاملة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها .

٦٩٦٠ مســـألة

قال : ﴿ وفى الذكر الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن فى الذكر الدية ، وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : «وفى الذكر الدية » ولأنه عضو واحد فيه الجمال والمنفعة ، فكملت فيه الدية كالأنف واللسان ، وفى شلله ديته لأنه ذهب بنفعه ، أشبه مالو أشل لسانه ، وتجب الدية فى ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب ، سواء سواء قدر على الجماع أو لم يقدر . فأما ذكر العنينين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية ، لعموم الحديث ولأنه غير مأيوس من جماعة ، وهو عضو سليم فى نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ . وذكر القاضى فيه عن أحمد روايتين :

إحداهما : تجب فيه الدية لذلك . والثانية : لا تكمل ديته وهو مذهب قتادة لأن منفعته الإنزال والإحبال والجماع ، وقد عدم ذلك منه فى حال الكمال ، فلم تكمل ديته كالأشل ، وبهذا فارق ذكر الصبى والشيخ .

---

(١) رضهما : دقهما وجرشهما .

واختلفت الرواية فى ذكر الخصى ، فعنه فيه دية كاملة ، وهو قول سعيد بن عبد العزيز ، والشافعى، وابن المنذر ، للخبر ، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه . والثانية . لاتجب فيه ، وهو قول مالك ، والثورى وأصحاب الرأى ، وقتادة ، وإسحاق ، لما ذكر فى العنين ، ولأن المقصود منه تحصيل النسل ، ولا يوجد ذلك منه فلم يكمل ديته كالأشل ، والجماع يذهب فى الغالب ، بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائها ، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى ، أن الجماع فى ذكر العنين أبعد منه فى ذكر الخصى ، واليأس من الإنزال متحقق فى ذكر الخصى دون ذكر العنين ، فعلى قولنا لاتكمل الدية فى ذكر الخصى إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة ، أو قطع الذكر ثم قطع الذكر لم يلزمه إلا دية واحدة فى الأنثيين ، وفى الذكر حكومة لأنه ذكر خصى . قال القاضى ، ونص أحمد على هذا ، وإن قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الدية ، وذكره أصحابنا . والأولى : أن تجب الدية كاملة ، لأنه ذهب بمنفعة الجماع به فكملت ديته ، كما لو أشله أو كسر صلبه ، فذهب جماعه . وإن قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية ، وإن خرج البول من موضع القطع وجب الأكثر من حصة القطعة من الدية ، أو الحكومة ، وإن ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب فيه حكومة لذلك .

٦٩٦١ مســـألة

قال : ﴿ وفى الانثيين الدية ﴾ .

لانعلم فى هذا خلافاً ، وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن جزم : « فى البيضتين الدية » ولأن فيهما الجمال والمنفعة ، فإن النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية . وروى الزهرى عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن فى الصلب الدية ، وفى الأنثيين الدية ، وفى إحداهما نصف الدية ، فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن سعيد بن المسيب أن فى اليسرى ثلثى الدية ، وفى اليمنى ثلثها ، لأن نفع اليسرى أكثر ، لأن النسل يكون بها .

ولنا أن ما وجبت الدية فى شيئين منه وجب فى أحدهما نصفها كاليدين وسائر الأعضاء ، ولأنهما ذوا عدد تجب فيه الدية ، فاستوت ديتهما كالأصابع ، وماذكروه ينتقض بالأصابع والأجفان [فإنها] تستوى دياتها مع اختلاف نفعها ، ثم يحتاج إلى إثبات ذلك الذى ذكره ، وأن رضّ أنثييه أو أشلهما كملت ديتهما ، كما لو أشل يديه أو ذكره ، فإن قطع أنثييه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية ، لأن ذلك نفعهما ، فلم تزدد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين ، والبطش مع ذهاب الرجلين ، وإن قطع إحداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لأن ذهابه غير متحقق .

٦٩٦٢ مسألة

قال : ﴿ وفى الرجلين الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن فى الرجلين الدية ، وفى إحداها نصفها ، روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وبه قال قتادة ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثورى ، وأهل العراق ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى وقد ذكرنا الحديث والمعنى فيما تقدم ، وفى تفصيلها مثل ماذكرنا من التفصيل فى اليدين سواء ، ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين فى اليدين .

٦٩٦٣ فصل

وفى قدم الأعرج ويد الأعسم[1] الدية ، لأن العرج لمعنى فى غير القدم والعسم الاعوجاج فى الرسغ وليس ذلك عيباً فى قدم ولا كف فلم يمنع ذلك كال الدية فيهما ، وذكر أبو بكر أن فى كل واحدة منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لأن هذين لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء .

٦٩٦٤ مسألة

قال : ﴿ وفى كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الإبل وفى كل أنملة منها ثلث عقلها إلا الإبهام فإنها مفصلان ففى كل مفصل منها خمس من الإبل ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم عمر ، وعلى ، وابن عباس . وبه قال مسروق ، وعروة ، ومكحول ، والشعبى ، وعبد الله بن معقل ، والثورى ، والأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وأصحاب الحديث ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا رواية عن عمر أنه قضى فى الإبهام بثلاث عشرة ، وفى التى تليها باثنتى عشرة ، وفى الوسطى بعشر ، وفى التى تليها بتسع ، وفى الخنصر بست . وروى عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبى صلى الله عليه وسلم لآل حزم : « وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل » أخذ به وترك قوله الأول . وعن مجاهد فى الإبهام خمس عشرة ، وفى التى تليها ثلاث عشرة ، وفى التى تليها عشر ، وفى التى تليها ثمان ، وفى التى تليها سبع .

ولنا : ماروى ابن عباس قال : قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل ، لكل أصبع » أخرجه الترمذى ، وقال : حديث صحيح ، روا أبو داود عن أبى موسى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هذه وهذه

---

(١) فى ١٨ : الأعسر . الأعسم : من اعوجت يده بسبب يبس مفصل الرسغ (ف)

سواء » ، يعنى الإبهام والخنصر ، أخرجه[1] البخارى ، وأبو داود . وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو ابن حزم : « وفى كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل » ، ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية ، فكان سواء فى الدية كالأسنان . والأجفان ، وسائر الأعضاء ، ودية كل أصبع مقسومة على أناملها ، وفى كل أصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام ، فإنها أنملتان ، ففى كل أنملة من غير الإبهام ثلث عقل الإبهام ، ثلاثة أبعرة وثلث ، وفى كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل ، نصف ديتها . وحكى عن مالك أنه قال : الإبهام أيضاً ثلاث أنامل . إحداها : باطنة ، وليس هذا بصحيح فإن الاعتبار بالظاهر فإن قوله عليه السلام « فى كل أصبع عشر من الإبل » يقتضى وجوب العشر فى الظاهر لأنها هى الأصبع التى يقع عليها الاسم دون مابطن منها كما أن السن التى يتعلق بها وجوب ديتها هى الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها والحكم فى أصابع اليدين والرجلين سواء لعموم الخبر فيهما وحصول الاتفاق عليهما .

٦٩٦٥ فصـــل

وفى الأصبع الزائدة حكومة . وبذلك قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الأصبع ، وذكر القاضى أنه قياس المذهب على رواية إيجاب الثلث فى اليد الشلاء ، والأول أصح ، لأن التقدير لايصار إليه إلا بالتوقيف أو بمماثلته لما فيه توقيف ، وليس ذلك ههنا ، لأن اليد الشلاء يحصل بها الجمال ، والأصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها ، وحسنها وقبحها ، فكيف يصح قياسها على اليد ؟ .

٦٩٦٦ مســـألة

قال : ﴿ وفى البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية ، وفى المثانة إذا لم يستمسك البول الدية ﴾ .

وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ، ولم أعلم فيه مخالفاً ، إلا أن ابن أبى موسى ذكر فى المثانة رواية أخرى ، فيها ثلث الدية ، والصحيح الأول ، لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ، ليس [فى] البدن مثله ، فوجب فى تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء المذكورة ، فإن نفع المثانة حبس البول ، وحبس البطن الغائط[2] منفعة مثلها ، والنفع بهما كثير ، والضرر بفواتهما عظيم ، فكان فى كل واحدة منهما الدية كالسمع والبصر . وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجانى ديتان ، كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة .

---

(١) أنظر صحيح البخارى ج ٩ ص ١٠ وسنن أبى داود ج ٢ ص ٤٩٤ (ف)

(٢) فى ١٨ : للغائط .

٦٩٦٧ مسألة

قال : ﴿ وفى ذهاب العقل الدية ﴾ .

لا نعلم فى هذا خلافاً ، وقد روى عن عمر وزيد رضى الله عنهما ، وإليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : « وفى العقل الدية » ولأنه أكبر المعانى قدراً ، وأعظم الحواس نفعاً ، فإن به يتميز من البهيمة ، ويعرف به حقائق المعلومات ، ويهتدى إلى مصالحه ، ويتقى ما يضره ، ويدخل به فى التكليف ، وهو شرط فى ثبوت الولايات ، وصحة التصرفات ، وأداء العبادات ، فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس ، فإن نقص عقله نقصاً معلوماً مثل أن صار يجن يوماً ويفيق يوماً فمايه من الدية بقدر ذلك ، لأن ما وجب فيه الدية وجب بعضها فى بعضه بقدره كالأصابع وإن لم يعلم مثل أن صار مدهوشاً أو يفزع مما لا يفزع منه ، ويستوحش إذ خلا ، فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة .

٦٩٦٨ فصل

فإن أذهب عقله بجناية لا توجب أرشاً كاللطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لا غير . وإن أذهبه بجناية توجب أرشاً كالجراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح ، وبهذا قال مالك والشافعى فى الجديد ، وقال أبو حنيفة والشافعى . فى تقديم يدخل الأقل منهما فى الأكثر ، فإن كانت الدية أكثر من أرش الجرح وجبت وحدها ، وإن كان أرش الجرح أكثر كأن قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ، ودخلت دية العقل فيه ، لأن ذهاب العقل تختل معه منافع الأعضاء ، فدخل أرشها فيه كالموت .

ولنا : أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس ، فلم يتداخل الأرشان كالو أوضحه فذهب بصره أو سمعه ، ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه ، فذهب سمعه أو شمه لم يدخل أرشهما فى دية الأنف والأذن ، مع قربهما منهما ، فههنا أولى ، وما ذكروه لا يصح ، لأنه لو دخل أرش الجرح فى دية العقل لم يجب أرشه إذا زاد على دية العقل ، كما أن دية الأعضاء كلها مع القتل لا يجب بها أكثر من دية النفس ولا يصح قولهم : إن منافع الأعضاء تبطل بذهاب العقل ، فإن المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كالا تضمن منافع الميت وأعضاؤه ، وإذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية جاز ضمانها مع الجناية عليه كالو جنى عليه ، فأذهب سمعه وبصره بجراحة فى غير محلها .

٦٩٦٩ فصـــــل

فإن جنى عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح . قال أبو قلابة « رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وبصره وسمعه ولسانه ، فقضى فيـه عمر بأربع ديات وهو حى » . ولأنه أذهب منافع فى كل واحدة منها دية فوجب عليه دياتها كالو أذهبها بجنايات ، فإن مات من الجناية لم يجب إلا دية واحدة لأن ديات المنافع كلها تدخل فى دية النفس كديات الأعضاء .

٦٩٧٠ مســـــألة

قال : ﴿ وفى الصعر الدية ، والصعر أن يضرب فيصير وجهه فى جانب ﴾ .

أصل الصعر : داء يأخـذ البعير فى عنقه ، فيلتوى عنقه ، وقول الله تعـالى : (وَلاَ تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاس)[1] أى لاتعرض عنهم بوجهك تـكبراً ، كإمالة وجه البعير الذى به الصعر ، فمن جنى على إنسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب فعليه دية كاملة روى ذلك عن زيد بن ثابت ، وقال الشافعى ليس فيه إلا حكومة ، لأنه إذهاب جمال من غير منفعة .

ولنـا : ماروى مكحول عن زيد بن ثابت ، أنه قال : وفى الصعر الدية ، ولم يعرف له فى الصحابة مخالف ، فـكان إجماعاً ، ولأنه أذهب الجـمال والمنفعة ، فوجبت فيه دية كاملة كسائر المنـافع ، وقولهم لم يذهب بمنفعته غير صحيح ، فإنه لايقدر على النظر أمامه واتقـاء مايحذره إذا مشى ، وإذا نابه أمر أو دهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لىّ عنقه ليعرف مايريد نظره ، ويتعرف ماينفعه ويضـره .

٦٩٧١ فصـــــل

فإن جنى عليه فصار الالتفات عليه شاقًا أو ابتلاع الماء أو غيره ففيه حكومة ، لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها ، ولا يمكن تقديرها ، وإن صار بحيث لايمكنه ازدراد ريقه ، فهذا لايكاد يبقى ، فإن بقى مع ذلك ففيه الدية ، لأنه تفويت منفعة ليس لها مثل فى البدن .

٦٩٧٢ مســـــألة

قال : ﴿ وفى اليد الشلاء ثلث ديتها ، وكذلك العين القائمة والسن السوداء ﴾ .

اليد الشلاء التى ذهب منها منفعة البطش ، والعين القائمة التى ذهب بصرها وصورتها باقية ، كصورة الصحيحة ، واختلفت الرواية عن أحمد فيهما وفى السن السوداء فعنه فى كل واحـدة ثلث ديتها ، وروى هـذا عن ابن الخطاب ، ومجاهد ، وبه قال إسحاق ، وعن زيد بن ثابت فى العين القائمـة مائة دينار . والرواية الثالثة عن أحمد فى كل واحدة حكومة ، وهذا قول مسروق ، والزهرى ، ومالك ، والشافعى

(١) سورة لقمان آية ٨٣ .

وأبي ثور ، والنعمان[1] ، وابن المنذر ، لأنه لا يمـكن إيجاب دية كامـلة لـكونها قد ذهبت منفعتها ، ولا مقدر فيها فتجب الحـكومة فيها كاليد الزائدة .

ولنا : ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العين القائمة السادة لمـكانها بثلث الدية ، وفى اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها ، وفى السن السوداء إذا قلعت ثلث ديتها » . رواه النسائى وأخرجه أبو داود فى العين وحدها مختصراً ، وقول عمر رضى الله عنه رواه قتادة عن خلاس عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس : « أن عمر بن الخطاب قضى فى العين القائمة إذا خسفت ، واليد الشلاء إذا قطعت ، والسن السوداء إذا كسرت ثلث دية ، كل واحدة منهن » ، ولأنها كاملة الصورة فـكان فيها مقدر كالصحيحة ، وقولهم لا يمـكن إيجاب مقدر ممنوع فإنا قد ذكرنا التقدير وبيناه .

٦٩٧٣ فصـــــل

قال القاضى قول أحمد رحمه الله فى السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها ، بحيث لا يمـكنه أن يعض بها الأشياء ، أو كانت تفتت[2] ، فأما إن كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها إلا لونها ففيها كمال ديتها ، سواء قلت منفعتها بأن عجز عن عض الأشياء الصلبة بهـا أو لم يعجز لأنها باقية المنفعة فـكملت ديتها كسائر الأعضاء ، وليس على من سودها إلا حكومة ، وهذا مذهب الشافعى ، والصحيح من مذهب أحمد مايوافق ظاهر كلامه لظاهر الأخبار ، وقضاء عمر ابن الخطـاب رضى الله عنه ، وقول أكثر أهل العلم ، ولأنه ذهب جمالها بتسويدها فـكملت ديتها على من سودها كما لو سود وجهه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن إذا كانت بيضـاء فانقلعت ونبت مكانها سوداء لمرض فيها فإن القاضى وأصحاب الشافعى سلموا أنها لا تـكمل ديتها .

٦٩٧٤ فصـــــل

فإن نبتت أسنان صبى سوداء ، ثم ثغر ، ثم عادت سوداء ، فديتها تامة ، لأن هذا جنس خلق على هذه الصورة ، فأشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعاً ، وإن نبتت أولا بيضاء ، ثم ثغر ، ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة ، فإن قالوا : ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها أيضا كمال ديتها ، وإن قالوا : ذلك لمرض فيها فعلى قالعها ثلث ديتها ، أو حكومة ، وقد سلم القاضى وأصحاب الشافعى الحـكم فى هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه ، ويحتمل أن يـكون الحـكم فيما كانت سوداء من ابتداء

(١) فى ٣٩ : وأبى حنيفة .

(٢) فى ١٨ : تتفتت وفى ٣٩ : تفتتت .

الخلقـة هـكذا لأن المرض قد يـكون فى فيه من ابتداء خلقته فيثبت حـكمه فى بعض ديتهـا كما لو كان طارئاً .

٦٩٧٥ فصـــــل

وفى لسان الأخرس روايتان أيضاً كالروايتين فى اليد الشلاء ، وكذلك كل عضو ذهبت منفعته ، وبقيت صورته ، كالرجـل الشـلاء والأصبع والذكر إذا كان أشلا[1] ، وذكر الخصى والعنين إذا قلنـا : لاتـكمل ديتهما ، وأشباه هذا ، فـكله يخرج على الروايتين . إحداهما : فيه ثلث ديتـه والأخرى : حـكومة .

٦٩٧٦ فصـــــل

فأما اليد أو الرجل أو الأصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حـكومة ، وقال القـاضى : هذا فى معنى اليد الشلاء فتـكون على قياسها ، يخرج على الروايتين ، والذى ذكرناه أصح ، لأنه لاتقدير فى هذا ، ولا هو فى معنى المقدر ، ولا يصح قياس هذا على العضو الذى ذهبت منفعته وبقى جماله ، لأن هذه الزوائد لاجمال فيها ، إنما هى شين فى الخلقة ، وعيب يرد به المبيع ، وتنقص به القيمة ، فـكيف يصح قياسه على مايحصل به الجمال ؟ ثم لو حصل به جمال ما لـكنه يخالف جمـال العضو الذى يحصل به تمام الخلقة ويختلف فى نفسه اختلافاً كثيراً فوجبت فيه الحـكومة ويحتمـل أن لايجب فيه شىء لمـا ذكرنا .

٦٩٧٧ فصـــــل

واختلفت الرواية فى قطع الذكر بعد حشفته وقطع الـكف بعد أصابعه ، فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته ، وكذلك شحمة الأذن ، وعن أحمد فى ذلك كله حكومة ، والصحيح فى هذا أن فيه حكومة لعدم التقدير فيه ، وامتناع قياسه على مافيه تقدير ، لأن الأشل بقيت صورته ، وهذا لم تبق صورته ، إنما بقى بعض مافيه الدية ، أو أصل مافيه الدية ، فأما قطع الذراع بعد قطع الـكف والساق بعد قطع القدم فينبغى أن تجب الحـكومة فيه وجهاً واحداً لأن إيجاب ثلث دية اليد فيه يفضى إلى أن يـكون الواجب فيه مع بقاء الـكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيهما والله أعلم .

---

(١) هـكذا فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٣٨ وطبعة الفقى ج ٨ ص ٤١ وفى الشرح الـكبير ج ٩ ص ٥٨٨ ، وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء ، والإصبع والذكر إذا شلا ، ومن ذلك يتبين أن الصواب ، والإصبع والذكر إذا شلا ، ، أو ، وإذا كانا أشلين ، بتثنية أشل ونصبه ، ولايجوز (أشلا) لانه ممنوع من الصرف . (ف)

٦٩٧٨ مســـألة

قال : ﴿ وفى إسكتى المرأة الدية ﴾[1].

الإسكتان : هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم ، وأهل اللغة يقولون : الشفران : حاشيتا الإسكتين ، كما أن أشفار العين أهدابهـا فيهما دية المرأة إذا قطعتا ، وبهذا قال الشافعى ، وقاله الثورى إذا لم يقدر على جماعها ، وقضى به محمد ابن سفيان إذا بلغ العظم ، لأن فيهما جمالا ومنفعة ، وليس فى البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر مافيه منه شيئان ، وفى إحداهما نصف الدية . كما ذكرنا فى غيرهما ، وإن جنى عليهما فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فأشلهما ، ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين ، قصيرتين أوطويلتين ، من بكر أوثيب أو صغيرة أو كبيرة، مخفوضة أو غير مخفوضة ، لأنهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيهما جميع ماذكرنا كسائر أعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها ، لأن الرتق عيب فى غيرهما فلم ينقص ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الأذنين والخفض هو الختان فى حق المرأة .

٦٩٧٩ فصـــل

وفى ركب المرأة حكومة ، وهو عانة المرأة وكذلك فى عانة الرجل لأنه لاقدر فيه ، ولا هو نظير لما قدر فيه ، فإن أخذ منه شيء مع فرج المرأة أو ذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية كما لو أخذ مع الأنف والشفتين شيء من اللحم الذى حولها .

٦٩٨٠ مســـألة

قال : ﴿ وفى موضحة الحر خمس من الإبل سواء كان من رجل أوامرأة و الموضحة فى الرأس والوجه سواء وهو التى تبرز العظم ﴾[2] .

هذه من شجاج الرأس أو الوجه ، وليس فى الشجاج مافيه قصاص سواها ، ولا يجب المقدر فى أقل منها ، وهى التى تصل إلى العظم ، سميت موضحة لأنها أبدت وضح العظم وهو بياضه . وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر ، قاله ابن المنذر ، وكتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : « وفى الموضحة خمس من الإبل ». رواه أبو داود والنسائى والترمذى ، وقال : حديث حسن ، وقول الخرقى :

---

(١) بكسر الهمزة وفتحها . (ف)

(٢) فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٤٠ والمغنى ج ٨ ص ٤٢ « وهو التى تبرز العظم » وينبغى أن يقول « وهى التى تبرز العظم » بضمير المؤنث . (ف)

فى موضحة الحر يحترز به من موضحة العبد ، وقوله : سواء كان من رجل أو امرأة يعنى أنهما لايختلفان فى أرش الموضحة ، لأنها دون ثلث الدية ، وهما يستويان فيما دون الثلث ، ويختلفان فيما زاد ، وعند الشافعى : أن موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل بناء على أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل فى الكثير والقليل وسنذكر ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى . وعموم الحديث الذى رويناه ههنا حجة عليه وفيه كفاية ، وأكثر أهل العلم على أن الموضحة فى الرأس والوجه سواء ، روى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ، رضى الله عنهما ، وبه قال شريح ، ومكحول ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وربيعة ، وعبيد الله بن الحسن ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وإسحاق . وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : تضعف موضحة الوجه على موضحة الرأس ، فيجب فى موضحة الوجه عشر من الإبل . لأن شينها أكثر ، وذكره القاضى رواية عن أحمد ، وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة ، وقال مالك : إذا كانت فى الأنف أو فى اللحى الأسفل ففيها حكومة ، لأنها تبعد عن الدماغ ، فأشبهت موضحة سائر البدن .

ولنا عموم الأحاديث وقول أبى بكر وعمر رضى الله عنهما الموضحة فى الرأس والوجه سواء ، ولأنها موضحة ، فكان أرشها خمساً من الإبل كغيرها مما سلموه ، ولا عبرة بكثرة الشين ، بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة ، وما ذكروه لمالك لا يصح ، فإن الموضحة فى الصدر أكثر ضرراً ، وأقرب إلى القلب ، ولا مقدر فيها ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال : موضحة الوجه أحرى أن يزاد فى ديتها ، وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر ، والله أعلم ، إنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية ، فإنه إذا وجب فى موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل ، فلأن يجب ذلك فى الوجه الظاهر الذى هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على مايخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم ، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح .

٦٩٨١ فصـــــل

ويجب أرش الموضحة فى الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يشمل الجميع ، وحد الموضحة ماأفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة ذكره ابن القاسم والقاضى فإن شجه فى رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة فلأن لايلزمه فى الإيضاح فى البعض أكثر من ذلك أولى ، وهكذا لو شجه بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من أرش هاشمة وإن كانت منقلة وما دونها أومأمومة ومادونها فعليه أرش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا ،

٦٩٨٢ فصـــل

وليس فى موضحة غير الرأس والوجه مقدر فى قول أكثر أهل العلم منهم إمامنا ومالك والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، قال ابن عبد البر : ولا يكون فى البدن موضحة يعنى ليس فيها مقدر . قال وعلى ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد قال فى الموضحة تكون فى الجسد أيضاً ، وقال الأوزاعى فى جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس وحكى نحو ذلك عن عطاء الخراسانى قال فى الموضحة فى سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً .

ولنا : أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة فى الوجه والرأس ، وقول الخليفتين الراشدين الموضحة فى الوجه والرأس سواء يدل أن باقى الجسد بخلافه ، ولأن الشين فيما فى الرأس والوجه أكثر وأخطر مما فى سائر البدن فلا يلحق به ثم إيجاب ذلك فى سائر البدن يفضى إلى أن يجب فى موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس وأما قول الأوزاعى وعطاء الخراسانى فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيجب اطراحه .

٦٩٨٣ فصـــل

وإن أوضحه فى رأسه وجر السكين إلى قفاه فعليه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا لأن القفا ليس بموقع الموضحة وإن أوضحه فى رأسه ومدها إلى وجهه فعلى وجهين :

أحدهما : أنها موضحة واحدة لأن الوجه والرأس سواء فى الموضحة فصار كالعضو الواحد .

والثانى : هما موضحتان لأنه أوضحه فى عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه فى رأسه ونزل إلى القفا .

٦٩٨٤ فصـــل

وإن أوضحه فى رأسه موضحتين بينهما حاجز فعليه أرش موضحتين لأنهما موضحتان فإن أزال الحاجز الذى بينهما وجب أرش موضحة واحدة لأنه صار الجميع بفعله موضحة فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما ، وإن اندملتا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضح ، لأنه استقر عليه أرش الأوليين بالاندمال ، ثم لزمته دية الثالثة ، وإن تآكل مابينهما قبل اندمالها فزال لم يلزمه أكثر من أرش واحدة ، لأن سراية فعله كفعله ، وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الأخرى فعليه أرش موضحتين ، وإن أزال الحاجز أجنبى فعلى الأول أرش موضحتين ، وعلى الثانى أرش موضحة ، لأن فعل أحدهما لا ينبنى على فعل الآخر ، فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته ، وإن أزاله المجنى عليه وجب على الأول أرش موضحتين ، لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره ، فإن اختلفا

فقال الجانى : أنا شققت مابينهما ، وقال المجنى عليه : بل أنا ، أو أزالها آخر سواك فالقول قول المجنى عليه ، لأن سبب أرش موضحتين قد وجد ، والجانى يدعى زواله ، والمجنى عليه ينكره ، والقول قول قول المنكر ، والأصل معه ، وإن أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذى بينهما فى الباطن وترك الجلد الذى فوقهما ففيها وجهان :

أحدهما : يلزمه أرش موضحتين لانفصالها فى الظاهر .

والثانى : أرش موضحة لاتصالها فى الباطن ، وإن جرحه جراحاً واحدة وأوضحه فى طرفيها وباقيها دون الموضحة ففيه أرش موضحتين لأن مابينهما ليس بموضحة .

٦٩٨٥ مســـــألة

قال : ﴿ وفى الهاشمة عشر من الإبل ، وهى التى توضح العظم وتهشمه ﴾ .

الهاشمة : هى التى تتجاوز الموضحة ، فتهشم العظم ، سميت هاشمة لهشمها العظم ، ولم يبلغنا عن النبى صلى الله عليه وسلم فيها تقدير ، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدر بعشر من الإبل ، روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت ، وبه قال قتادة ، والشافعى ، والعنبرى ، ونحوه قال الثورى ، وأصحاب الرأى ، إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم ، وذلك على قولهم ألف درهم وكان الحسن لايوقت فيها شيئاً ، وحكى عن مالك أنه قال لاأعرف الهاشمة[1] لكن فى الإيضاح خمس وفى المشم حكومة قال ابن المنذر النظر يدل على قول الحسن إذ لاسنة فيها ولا إجماع ، ولأنه لم ينقل فيها عن النبى صلى الله عليه وسلم تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة .

ولنا : قول زيد ، ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف ، ولأنه لم نعرف له مخالفاً فى عصره فكان إجماعاً ولأنها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة :

٦٩٨٦ فصــــل

والهاشمة فى الرأس والوجه خاصة ، على ماذكرنا فى الموضحة ، وإن هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الإبل على ماذكرنا فى الموضحة من التفصيل ، وتستوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة ، وإن شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب أرش الهاشمة لأنه لو كان جميعها هاشمة أجزأ أرشها ولو انفرد القدر المهشوم وجب أرشها فلا ينقص ذلك بما إذا زاد من الأرش فى غيرها ، وإن ضرب رأسه فهشم العظم ولم يوضحه لم تجب دية الهاشمة بغير خلاف لأن الأرش المقدر وجب فى هاشمة يكون معها موضحة وفى الواجب وجهان :

(١) فى ١٨ : فى الموضحة .

أحدهما : خمس من الإبل لأنه لو أوضـح وكسر لوجبت عشر : خمس فى الإيضـاح ، وخمس فى الـكسر فإذا وجد الـكسر دون الإيضاح وجب خمس .

والثانى : تجب حكومة لأنه كسر عظم لاجرح معه فأشبه كسر قصبة الأنف .

٦٩٨٧ فصـــــل

فإن أوضحه موضحتين هشم العظم فى كل واحدة منهما واتصل الهشم فى الباطن فهما هاشمتان ، لأن الهشم إنما يكون تبعاً للإيضاح ، فإذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعاً لغيرها فافترقا .

٦٩٨٨ مســـــألة

قال ﴿ وفى المنقلة خمس عشرة من الإبل وهى التى توضح وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها ﴾ .

المنقلة : زائدة على الهاشمة ، وهى التى تـكسر العظام وتزيلها عن مواضعها ، فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم ، وفيها خمس عشرة من الإبل بإجماع من أهل العلم ، حكاه ابن المنذر ، وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم . « وفى المنقلة خمس عشرة من الإبل » وفى تفصيلها مافى تفصيل الموضحة والهاشمة على مامضى .

٦٩٨٩ مســـــألة

قال ﴿ وفى المأمومة ثلث الدية وهى التى تصل إلى جلدة الدماغ وفى الآمّة مثل مافى المأمومة ﴾ .

المأمومة والآمة شىء واحد ، قال ابن عبـد البر أهل العراق يقولون لها : الآمة ، وأهل الحجاز : المأمومة ، وهى الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ ، سميت أم الدماغ ، لأنها تحوطه وتجمعه ، فإذا وصلت الجراحة إليها سميت آمة ومأمومة . يقال : أم الرجل آمة ومأمومة ، وأرشها ثلث الدية فى قول عامة أهل العلم ، إلا مكحولا فإنه قال : إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية ، وإن كانت خطأ ففيها ثلثها .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم : « وفى المأمومة ثلث الدية » . وعن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، وروى نحوه عن على ولأنها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ فى المقدار كسائر الشجاج .

٦٩٩٠ فصـــــل

وإن خرق جلدة الدماغ فهى الدامغة ، وفيها مافى المأمومة ، قال القاضى : لم يذكر أصحابنا الدامغة

لمساواتها للمأمومة فى أرشها ، وقيل : فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ، ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لـكونها لايسلم صاحبها فى الغالب .

٦٩٩١ فصـــــل

فإن أوضحه رجل ثم هشمه الثانى ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الأول أرش موضحته ، وعلى الثانى خمس ، تمام أرش الهاشمة ، وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقلة ، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام أرش المأمومة .

٦٩٩٢ مســـــألة

قال : ﴿ وفى الجائفة ثلث الدية ، وهى التى تصل إلى الجوف ﴾ .

وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة ، وأهل الـكوفة ، وأهل الحديث وأصحاب الرأى إلا مكحولاً قال فيها : فى العمد ثلثا الدية .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم « وفى الجائفة ثلث الدية » وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، ولأنها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالموضحة ولا نعلم فى جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدراً غير الجائفة ، والجائفة ماوصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو نغرة نحر أو ورك أو غيره . وذكر ابن عبد البر أن مالـكا وأبا حنيفة والشافعى والبتى وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لاتـكون إلا فى الجوف . قال ابن القاسم : الجائفة ماأفضى إلى الجوف ولو بمغرز إبرة ، فأما إن خرق شدقه فوصل إلى باطن الفم فليس بجائفة ، لأن داخل الفم حكمه حكم الظاهر ، لاحكم الباطن . وإن طعنه فى وجنته فـكسر العظم ووصل إلى فيه فليس بجائفة لما ذكرنا .

وقال الشافعى فى أحد قوليه : هو جائفة ، لأنه قد وصل إلى جوف ، وهـذا ينتقض بما إذا خرق شدقه ، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة ، لـكسر العظم ، وفيما زاد حكومة ، وإن جرحه فى أنفه فأنفذه فهو كما لو جرحه فى وجنته فأنفذه إلى فيه فى الحـكم والخلاف ، وإن جرحه فى ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول إليه بخلاف غيره .

٦٩٩٣ فصـــــل

وإن أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية ، وإن خرق الجانى مابينهما أو ذهب بالسراية صار جائفة واحدة فيها ثلث الدية لاغير ، وإن خرق مابينهما أجنبي أوالمجني عليه فعلي الأول ثلثا الدية ، وعلي

الأجنبي الثاني ثلثها ، ويسقط ماقابل فعل المجني عليه ، وإن احتاج إلى خرق مابينهما المداواة فخرقها المجني عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولي المجني عليه لذلك ، أو الطبيب بأمره ، فلا شيء في خرق الحاجز وعلى الأول ثلثا الدية ، وإن أجافه رجل فوسعها آخر فعلى كل واحد منهما أرش جائفة ، لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة ، فلايسقط حكمه بانضمامه إلى فعل غيره ، لأن فعل الإنسان لا ينبني على فعل غيره ، وإن وَسّعها الطبيب بإذنه أو إذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه ، وإن وَسّعها جان آخر في الظاهر دون الباطن أو في الباطن دون الظاهر فعليه حكومة ، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة ، وإن أدخل السكين في الجائفة ثم أخرجها عزر ، ولا أرش عليه ، وإن كان قد خاطها فجاء آخر فقطع الخيوط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد من التعزير الأول الذي قبله وغرمه ثمن الخيوط وأجرة الخياط ، ولم يلزمه أرش جائفة ، لأنه لم يجفه ، وإن فعل ذلك بعد التحامها فعليه أرش الجائفة وثمن الخيوط ، لأنه بالالتحام عاد إلى الصحة ، فصار كالذي لم يجرح ، وإن التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا ، وإن فتق غير ما التحم عليه فليس عليه أرش الجائفة[1] وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شيء ، وإن فتق بعض ما التحم في الظاهر دون الباطن ، أو الباطن دون الظاهر ، فعليه حكومة ، كما لو وسع جرحه كذلك .

٦٩٩٤ فصل

وإن جرح فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجافه فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة في الجراح ، لأن الجراح في غير موضع الجائفة ، فانفردت بالضمان كما لو أوضحه في رأسه وجر السكين حتى بلغ القفا فإنه يلزمه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا .

٦٩٩٥ فصل

فإن أدخل حديدة أو خشبة أو يده في دبر إنسان فخرق حاجزاً في الباطن فعليه حكومة ، ولا يلزمه أرش جائفة ، لأن الجائفة ماخرقت من الظاهر[2] إلى الجوف ، وهذه بخلافه ، وكذلك لو أدخل السكين في جائفة إنسان فخرق شيئاً في الباطن فليس ذلك بجائفة لما ذكرنا .

٦٩٩٦ مسألة

قال : ﴿ فإن جرحه في جوفه فخرج من الجانب الآخر فهما جائفتان ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : عطاء ومجاهد وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال

---

(١) في ١٨ : جائفة (٢) في ١٨ : من ظاهر

ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون فى ذلك . وحكى عن بعض أصحاب الشافعى أنه قال : هى جائفة واحدة وحكى أيضاً عن أبى حنيفة ، لأن الجائفة هى التى تنفذ من ظاهر البدن إلى الجوف ، وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن إلى الظهر .

ولنا : ماروى سعيد بن المسيب : « أن رجلا رمى رجلا بسهم فأنفذه ، فقضى أبو بكر رضى الله عنه بثلثى الدية ولامخالف له فيكون إجماعاً » أخرجه سعيد بن منصور فى سننه . وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـده « أن عمر قضى فى الجائفة إذا نفذت الجوف بأرش جائفتين ، لأنه أنفذه من موضعين فـكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين » وما ذكروه غير صحيح ، فإن الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لا بكيفية إيصاله ، إذ لا أثر لصـورة الفعل مع التساوى فى المعنى ، ولأن ما ذكروه من الـكيفية ليس بمذكور فى خبر ، وإنما العادة والغالب وقوع الجائفة هـكذا ، فلا يعتبر ، كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد ، ولو حصلت بغيره لـكانت جائفة ، ثم ينتقض ما ذكروه بما لوأدخل يده فى جائفة إنسان فخرق بطنه من موضع آخر ، فإنه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعلمه ، وكـذلك يخرج فيمن أوضح إنساناً فى رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر ، فهى موضحتان ، فإن هشمه هاشمة لهـا مخرجان فهى هاشمتان ، وكذلك ما أشبهه .

٦٩٩٧ فصــــل

فإن أدخل أصبعه فى فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لأن ذلك ليس بجوف .

٦٩٩٨ مســـألة

قال : ﴿ ومن وطىء زوجته وهى صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية ﴾

معنى الفتق : خرق مابين مسلك البول والمنى ، وقيل : بل معناه خرق مابين القبل والدبر ، إلا أن هذا بعيد ، لأنه يبعد أن يذهب بالوطء مابينهما من الحاجز ، فإنه حاجز غليظ قوى ، والـكلام فى هذه المسألة فى فصلين . أحدهما : فى أصل وجوب الضمان . والثانى : فى قدره .

أما الأول : فإن الضمان إنمـا يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التى لا تحمـل الوطء دون الـكبيرة المحتمـلة له ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : يجب الضمان فى الجميـع لأنه جناية فيجب الضمان به كما لو كان فى أجنبية .

ولنا : أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ، ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرايته ، كما لوأذنت فى مداواتها بمـا يفضى إلى ذلك ، وكقطع السـارق أو استيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمـكرهة على الزنا .

إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى فى النكاح ، مع أرش الجناية ، ويكون أرش الجناية فى ماله إن كان عمداً محضاً ، وهو أن يعلم أنها لا تطيقه وأن وطأه يفضيها ، فأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضى إليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته ، إلا على قول من قال : إن العاقلة لا تحمل عمد الخطأ فإنه يكون فى ماله .

الفصل الثانى : فى قدر الواجب ، وهو ثلث الدية ، وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة ، وقال الشافعى : تجب الدية كاملة ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، لأنه أتلف منفعة الوطء ، فلزمته الدية كما لو قطع أسكتيها .

ولنا : ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قضى فى الإفضاء بثلث الدية ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، ولأن هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر ، فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ، ولا نسلم أنها تمنع الوطء ، وأما قطع الأسكتين فإنما أوجب الدية لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال ، فأشبه قطع الشفتين .

٦٩٩٩ فصل

وإن استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : تجب دية وحكومة ، لأنه فوت منفعتين ، فلزمه أرشهما كما لو فوت كلامه وذوقه .

ولنا : أنه أتلف عضواً واحداً لم يفت غير منافعه ، فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة ، كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه ، وما قاله لا يصح ، لأنه لو أوجب دية المنفعتين لأوجب ديتين ، لأن استطلاق البول موجب للدية ، والإفضاء عنده موجب للدية منفرداً ، ولم يقل أحد به ، وإنما أوجب الحكومة ولم يوجب مقتضيها ، فإننا لا نعلم أحداً أوجب فى الإفضاء حكومة .

٧٠٠٠ فصل

وإن اندمل الحاجز وانسد وزال الإفضاء ، لم يجب ثلث الدية ، ووجبت حكومة ، لجبر ما حصل من النقص .

٧٠٠١ فصل

وإن أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ، ومهر مثلها ، لأنه حصل بوطء غير مستحق ، ولا مأذون فيه ، فلزمه ضمان ماتلف به كسائر الجنايات ، وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ فيه روايتان :

إحداهما : لا يلزمه ، لأن أرش البكارة داخل فى مهر المثل ، فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب ،

فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة ، فلم يضمنه مرتين كما فى حق الزوجة .

والثانية : يضمنه لأنه محل أتلفه بعدوانه ، فلزمه أرشه ، كالو أتلفـه بأصبعه ، فأما المطاوعة على الزنا إذا كانت[1] كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه فى فتقها ، وقال الشافعى : يضمن ، لأن المأذون فيه الوطء دون الفتق ، فأشبه مالو قطع يدها .

ولنا : أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه ، فلم يضمنه كأرش بكارتها ، ومهر مثلها ، وكما لو أذنت فى قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها . وفارق ماإذا أذنت فى وطئها فقطع يدها ، لأن ذلك ليس من المأذون فيه ، ولا من ضرورته .

٧٠٠٢ فصــــل

وإن وطىء امرأة بشبهة فأفضاها فعليه أرش إفضائها مع مهر مثلها ، لأن الفعل إنما أذن فيه اعتقاداً أن المستوفى له هو المستحق ، فإذا كان غيره ثبت فى حقه وجوب الضمان لما أتلف ، كالو أذن فى أخـذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه ، فبان أنه غيره ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يجب لهـا أكثر الأمرين من مهر مثلها أو أرش إفضائها ، لأن الأرش لإتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عيناً .

ولنا : أن هذه جناية تنفك عن الوطء فلم يدخل بدله فيها ، كالو كسر صدرها ، وماذكروه غير صحيح فإن المهر يجب لاستيفاء[2] منفعة البضع ، والأرش يجب لإتلاف[3] الحاجز ، فلا تدخل المنفعة فيه .

٧٠٠٣ فصــــل

وإن استطلق بول المكرهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع إفضائها فعليـه ديتهما والمهر ، وقال أبو حنيفة فى الموطوءة بشبهة : لايجمع بينهما ، ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه فى ذلك .

٧٠٠٤ مســـألة

قال : ﴿ وفى الضلع بعير ، وفى الترقوة بعيران ﴾ .

ظاهر هذا أن فى كل ترقوة بعيرين فيكون فى الترقوتين أربعة أبعرة ، وهـذا قول زيد بن ثابت ، والترقوة هى العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف ، ولكل واحد ترقوتان ، ففيهما أربعة أبعرة فى ظاهر قول الخرقى ، وقال القاضى : المراد بقول الخرقى الترقوتان معاً ، وإنما اكتفى بلفظ الواحد

---

(١) فى ١٨ : فإذا كانت (٢) فى ٢٩ : باستيفاء .
(٣) فى ٢٩ : بإتلاف .

لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق ، فيكون في كل ترقوة بعير ، وهذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ومجاهد ، وعبد الملك بن مروان ، وسعيد بن جبير ، وقتادة ، وإسحاق ، وهو قول للشافعي ، والمشهور من قوليه عند أصحابه : أن في كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق ، وأبي حنيفة ، ومالك ، وابن المنذر ، لأنه عظم باطن لا يختص بجمال ولا منفعة ، فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر أعضاء البدن ، ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف أو قياس صحيح ، وليس في هذا توقيف ، ولا قياس . وروى عن الشعبي أن في الترقوة أربعين ديناراً . وقال عمرو بن شعيب : في الترقوتين الدية ، وفي إحداهما نصفها ، لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة . وليس في البدن غيرهما من جنسهما ، فكملت فيهما الدية كاليدين .

ولنا : قول عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت ، وماذكروه ينتقض بالهاشمة ، فإنها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ، ولا يصح قولهم : إنها لا تختص بجمال ومنفعة ، فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها ولا مشارك لها فيه ، وأما قول عمرو بن شعيب ، فخالف للإجماع ، فإننا لا نعلم أحداً قبله ، ولا بعده وافقه فيه .

٧٠٠٥ مسألة

قال : ﴿ وفي الزند أربعة أبعرة لأنه عظمان ﴾ .

قال القاضي : يعني به الزندين ، فيهما أربعة أبعرة ، لأن فيهما أربعة عظام ، ففي كل عظم بعير . وهذا يروى عن عمر بن الخطاب ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : فيه حكومة لما تقدم .

ولنا : ماروى سعيد ثنا هشيم ثنا يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر فكتب له عمر . إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل . ورواه أيضاً من طريق آخر مثل ذلك ، وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة فكان إجماعاً .

٧٠٠٦ فصل

ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر كلام الخرقي . وهو قول أكثر أهل العلم . وقال القاضي : في عظم الساق بعيران ، وفي الساقين أربعة أبعرة ، وفي عظم الفخذ بعيران ، وفي الفخذين أربعة . فهذه تسعة عظام فيها مقدر : الضلع والترقوتان ، والزندان ، والساقان ، والفخذان ، وما عداها لا مقدر فيه . وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضي : في كل واحد من الذراع والعضد بعيران ، وزاد أبو الخطاب عظم القدم ، لما روى سليمان بن يسار أن عمر قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر ، ولم يكن به دحور ـ يعني عوجاً ـ بعير ، وإن كان فيها دحور

فبحساب ذلك . وهـذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا إليه ، فلا يصلح دليلا عليـه ، والصحيح إن شاء الله : أنه لا تقدير في غير الخمسة : الضلع ، والترقوتين ، والزندين ، لأن التقدير إنما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة كلها ، وإنما خالفناه في هـذه العظام لقضاء عمر رضي الله عنه ، ففيما عداها يبقى على مقتضى الدليل ، وما عدا هذه العظام كعظم الظهر وغيره ففيه الحكومة ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن خالف فيها مخالف فهو قول شاذ لا يستند إلى دليل يعتمد عليه ، ولا يصار إليه .

٧٠٠٧ مسـألة

قال : ﴿ والشجاج التي لا توقيت فيها ، أولها الحارصة وهي التي تحرص الجلد ﴾

يعني تشقه قليلا ، وقال بعضهم : هي الحارصة ، ثم الباضعة ، وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم البازلة وهي : التي يسيل منها الدم ، ثم المتلاحمة ، وهي : التي أخذت في اللحم ، ثم السِّمْحاق ، وهي : التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة ، ثم الموضحة . هكذا وقع في النسخ التي وصلت إلينا : الحارصة ، ثم الباضعة ، ثم البازلة . ولعله من غلط الكاتب ، والصواب : الحارصة ، ثم البازلة ، ثم الباضعة . هكذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم . ولأن الباضعة التي تشق اللحم بعد الجلد ، فلا يمكن وجودها قبل البازلة التي يسيل منها الدم ، وتسمى الدامعة ، لقلة سيلان دمها ، تشبيهاً له بخروج الدمع من العين والتي تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير في الغالب ، فكيف يصح جعلها سابقة على ما لا يسيل منها إلا دم يسير كدمع العين ؟ ويدل على صحة ما ذكرناه أن زيد بن ثابت جعل في البازلة بعيراً ، وفي الباضعة بعيرين . وقول الخرقي : « والشجاج » يعني : جراح الرأس والوجه ، فإنه يسمى شجاجاً خاصة ، دون جراح سائر البدن ، والشجاج المسماة عشر : خمس منها أرشها مقدر ، وقد ذكرناها . وخمس لا توقيت فيها .

قال الأصمعي : أولها الحارصة ، وهي التي تشق الجلد قليلا ـ يعني تقشر شيئاً يسيراً من الجلد ، لا يظهر منه دم ، ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلا ، ثم البازلة ، وهي : التي يبزل منها الدم ، أي يسيل ، وتسمى الدامية أيضاً ، والدامعة ، ثم الباضعة ، وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم المتلاحمة ، وهي التي أخذت في اللحم ـ يعني دخلت فيه دخولاً كثيراً يزيد على الباضعة ، ولم تبلغ السمحاق . ثم السمحاق وهي التي تصل إلى قشرة رقيقة فوق العظم ، تسمى تلك القشرة سمحاقاً . وسميت الجراح الواصلة إليها بها ، ويسميها أهل المدينة : الملطا[1] ، والملطاة ، وهي : التي تأخذ اللحم كله ، حتى تخلص منه ، ثم الموضحة وهي : التي تقشر تلك الجلدة وتبدي وضح العظم ، أي بياضه ، وهي أول الشجاج الموقتة ، وما قبلها

---

(١) هكذا في النسخ ، والصواب (المطلى) بميم مكسورة بعدها لام ساكنة فطاء مفتوحة فألف مقصورة تكتب ياء كما في لسان العرب ج ٧ ص ٤٠٨ (ف)

من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها في الصحيح من مذهب أحمد . وهو قول أكثر الفقهاء . يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي .

وروى عن أحمد رواية أخرى : أن في الدامية بعيراً ، وفي الباضعة بعيرين ، وفي المتلاحمة ثلاثة ، وفي السمحاق أربعة أبعرة ، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت ، وروى عن علي في السمحاق مثل ذلك . رواه سعيد عنهما ، وعن عمر وعثمان فيها نصف أرش الموضحة . والصحيح الأول ، لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع ، فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن ، وروى عن مكحول قال : قضى النبي صلى الله عليه وسلم في الموضحة بخمس من الإبل ، ولم يقض فيما دونها ، ولأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ، ولا له قياس يصح فوجب الرجوع إلى الحكومة كالحارصة ، وذكر القاضي : أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحة منها ، فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة ، وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش . وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك . فنوجب ماتخرجه الحكومة ، فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها . أو جبنا ثلثي أرش الموضحة . وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجبنا النصف ، فنوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة ، أو قدرها من الموضحة ، لأنه اجتمع سببان موجبان الشين[1] وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه ، والدليل على إيجاب المقدار أن هذا احم فيه مقدر فكان في بعضه بمقداره من ديته كالمارن الحشفة والشفة والجفن . وهذا مذهب الشافعي . وهذا لا نعلمه مذهباً لأحمد : ولا يقتضيه مذهبه ، ولا يصح ، لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ، ولا يصح قياس هذا على ماذكروه فإنه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيراً .

٧٠٠٨ مسألة

قال : ﴿ وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقتت ديته ففيه حكومة ﴾ .

أما الذي فيه توقيت فهو الذي نص النبي صلى الله عليه وسلم على أرشه وبين قدر ديته كقوله : « في الأنف الدية وفي اللسان الدية » . وقد ذكرناه ، وأما نظيره فهو ما كان في معناه ومقيساً عليه كالأليتين والثديين والحاجبين . وقد ذكرنا ذلك أيضاً فما لم يكن من الموقت . ولا مما يمكن قياسه عليه كالشجاج التي دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام المذكورة . فليس فيه إلا الحكومة .

---

(١) في ٢٩ : يوجبان الشين .

٧٠٠٩ مســـألة

قال : ﴿ والحـكومة أن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لاجناية به ، ثم يقوم وهى به قد برأت ، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية ، كأن تـكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة ، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة ، فيـكون فيه عشر ديته ﴾ .

هذا الذى ذكره الخرقى رحمه الله فى تفسير الحـكومة قول أهل العلم كلهم ، لانعلم بينهم فيه خلافاً . وبه قال الشافعى ، والعنبرى ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم ، وقال ابن المنذر . كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة : أن يقال إذا أصيب الإنسان بجرح لاعقل له معلوم : كم قيمة هذا المجروح لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح؟ فإذا قيل : مائة دينار ، قيل : وكم قيمته . وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه ؟ [فإن قيل] قيل : خمسة وتسعون . فالذى يجب على الجـانى نصف عشر الدية . وإن قالوا : تسعون فعشر الدية . وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال . وإنما كان كذلك ، لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها . كما أن المبيع لما كان مضموناً على البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدراً من الثمن . فيقال : كم قيمته لاعيب فيه ؟ فقالوا : عشرة فيقال : كم قيمته وفيه العيب ؟ فإذا قيل : تسعة ، علم أنه نقص عشر قيمته ، فيجب أن ترد من الثمن عشر ، أى قدر كان ، ونقدره عبداً ليمـكن تقويمه ونجعل العبد أصلا للحر فيما لا توقيت فيه ، والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت .

٧٠١٠ مســـألة

قال : ﴿ وعلى هذا مازاد من الحـكومة أو نقص إلا أن تـكون الجناية فى رأس أو وجه فيـكون أسهل مما وقت فيه ، فلا يجاوز به أرش الموقت ﴾ .

يعنى لو نقصته الجناية أكثر من عشر قيمته لوجب أكثر من عشر ديتـه ولو نقصته أقل من العشر مثل أن نقصته نصف عشر قيمته لوجب نصف عشر ديته ، إلا إذا شجه دون الموضحة ، فبلغ أرش الجراح بالحـكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد ، فلو جرحه فى وجهه سمحاقاً . فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحـكومة وجوب عشر من الإبل ، ودية الموضحة خمس ، فههنا يعـلم غلط المقوم ، لأن الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع أنها سمحـاق ، وزيادة عليها ، فلأن لايجب فى بعضها زيادة على خمس أولى . وهذا قول أكثر أهل العلم . وبه يقول الشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن مالك : أنه يجب ماتخرجه الحـكومة كائناً ما كان لأنها جراحة لامقدر فيهـا . فوجب فيها مانقص كما لو كانت فى سائر البدن .

ولنـا : أنها بعض الموضحة ، لأنه لو أوضحه اقطع ماقطعته هذه الجراحة ، ولايجوز أن يجب فى بعض

الشيء أكثر مما يجب فيه ، ولأن الضرر في الموضحة أكثر ، والشين أعظم ، والمحل واحد ، فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيها على ألا يزيد مادونها عليها ، وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالأعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزاد جرح عظم على ديته .

مثاله جرح أنملة ، فبلغ أرشها بالحكومه خمساً من الإبل ، فإنه يرد إلى دية الأنملة . وإن جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفة ، ومالم يكن كذلك وجب ماأخرجته الحكومة لأن المحل مختلف ، فإن قيل : فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ، ووجب في منافع الانسان أكثر من الواجب فيه ؟ قلنا : إنما وجبت دية النفس عوضاً عن الروح وليست الأطراف بعضها بخلاف مسألتنا هذه ذكره القاضي ، ويحتمل كلام الخرقي أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه ، لقوله : إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فلا يجاوز به أرش الموقت .

٧٠١١ فصل

وإذا أخرجت الحكومه في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر أرش الموضحة أو زيادة عليه فظاهر كلام الخرقي أنه يجب أرش الموضحة ، وقال القاضي : يجب أن تنقص عنها شيئاً ، على حسب مايؤدي إليه الاجتهاد . وهذا مذهب الشافعي ، لئلا يجب في بعضها مايجب في جميعها ، ووجه قول الخرقي : أن مقتضى الدليل وجوب ماأخرجته الحكومة ، وإنما سقط الزائد على أرش الموضحة لمخالفته النص ، أو تنبيه النص ، ففيما لم يزد يجب البقاء على الأصل ، ولأن ماثبت بالتنبيه يجوز أن يساوي المنصوص عليه في الحكم ، ولا يلزم أن يزيد عليه ، كما أنه لما نص على وجوب فدية الأذى في حق المعذور ، ولم تلزم زيادتها في حق من لاعذر له ، ولا يمتنع أن يجب في البعض مايجب في الكل ، بدليل وجوب دية الأصابع ، مثل دية اليد كلها ، وفي حشفه الذكر مثل مافي جميعه . فإن قيل : هذا وجب بالتقدير الشرعي لابالتقويم . قلنا : إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه ، والاجتهاد المؤدي إليه .

وفي الجملة فالحكومة دليل ترك العمل بها في الزائد لمعنى مفقود في المساوي ، فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض . ثم وإن صح ماذكروه فينبغي أن ينقص أدنى ماتحصل به المساواة المحذورة ويجب الباقي عملا بالدليل الموجب له والله أعلم .

٧٠١٢ فصل

ولا يكون التقويم إلا بعد برء الجرح ، لأن أرش الجرح المقدر إنما يستقر بعد برئه ، فإن لم تنقصه الجناية شيئاً بعد البرء مثل أن قطع أصبعاً أو يداً زائدة أو قلع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك ، بل زاده حسناً

فلا شيء على الجاني ، لأن الحكومة لأجل جبر النقص ، ولا نقص ههنا ، فأشبه ما لو لطم وجهه فلم يؤثر وإن زادته الجناية حسناً فالجاني محسن بجنايته ، فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا ، وبط خراجاً ، ويحتمل أن يضمن ، قال القاضي : نص أحمد على هذا لأن هذا جزء مضمون فلم يعر عن ضمان ، كما لو أتلف مقدار الأرش ، فازداد به جمالا أو لم ينقصه شيئاً ، فعلى هذا يقوم في أقرب الأحوال إلى البرء ، لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم في أقرب الأحوال إليه ، كولد المغرور لما تعذر تقويمه في البطن ، قوم عند الوضع ، لأنه أقرب الأحوال التي أمكن تقويمه إلى كونه في البطن ، وإن لم ينقص في تلك الحال قوم والدم جار ، لأنه لابد من نقص للخوف عليه . ذكره القاضي ولأصحاب الشافعي وجهان كما ذكرنا .

وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال ينقصه ذهاب لحيته ، وإن أتلف سناً زائدة قوم وليس له سن ولا خلفها أصلية ، ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة ، فإن كانت المرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيراً وإن قدرناها ابن أربعين نقصها كثيراً قدرناها ابن عشرين ، لأنه أقرب الأحوال إلى حال المجني عليه ، فأشبه تقويم الجرح الذي لا ينقص بعد الاندمال فإنا نقومه في أقرب أحوال النقص إلى حال الاندمال ، والأول أصح إن شاء الله فإن هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبه الضرب ، وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم إنما هو تضمين الخوف عليه ، وقد زال ، فأشبه مالو لطمه فاصفر لونه حال اللطمة ، أو احمر ، ثم زال ذلك ، وتقدير المرأة رجلا لا يصح ، لأن اللحية زين للرجل ، وعيب فيها ، وتقدير مايعيب بما يزين لا يصح ، وكذلك تقدير السن في حالة يراد زوالها بحالة تكره . لا يجوز ، فإن الشيء يقدر بنظيره ، ويقاس على مثله لا على ضده ، ومن قال بهذا الوجه فإنما يوجب أدنى مايمكن إيجابه ، وهو أقل نقص يمكن تقديره .

٧٠١٣ فصل

وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه ، لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة ، ولم يكن له حال ينقص فيها ، فلم يضمنه كما لو شتمه ، وإن سود وجهه أو خضره ضمنه بديته ، لأنه فوت الجمال على الكمال ، فضمنه بديته كما لو قطع أذني الأصم وأنف الأخشم . وقال الشافعي : ليس فيه إلا حكومة ، لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر . وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الأذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى وإن زال السواد رد ماأخذه لزوال سبب الضمان وإن زال بعضه وجبت فيه حكومة ، ورد الباقي ، وإن صفّر وجهه أو حمّره ففيه حكومة ، لأن الجمال لم يذهب على الكمال ، وهذا يشبه مالو سود سنه أو غير لونه على ماذكرنا من التفصيل فيها .

٧٠١٤ مسألة

قال : { وإن كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر ففيه مانقصه بعد التئام الجرح }

وإن كان فيما جنى عليه شيء موقت في الحر فهو موقت في العبـد ، فني يده نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته ، نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر ، وهكذا الأمة ﴾ .

وجملته : أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لأن الواجب إنما وجب جبراً لما فات بالجناية[1] ، ولا ينجبر إلا بإيجاب مانقص من القيمة ، فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ، ولا يجب زيادة على ذلك ، لأن حق المجني عليه قد انجبر ، فلا يجب له زيادة على مافوته الجاني عليه ، هـذا هو الأصل ، ولا نعلم فيـه خلافاً فيما ليس فيه مقدر شرعي ، فإن كان الفائت بالجناية مؤقتاً في الحر كيده وموضحته ، ففيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : أن فيـه أيضاً مانقصه بالغاً مابلغ ، وذكر أبو الخطاب أن هـذا اختيار الخلال ، وروى الميموني عن أحمد أنه قال : إنما يأخذ قيمة مانقص منه على قول ابن عباس ، وروى هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته ، لأن ضمانه ضمان الأموال ، فيجب فيه مانقص كالبهائم ، ولأن ماضمن بالقيمة بالغاً مابلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الأموال ، ولأن مقتضى الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه في ضمان بقيته بالدية المؤقتة ، ففي العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل ، وظاهر المذهب أن ما كان موقتاً في الحر فهو موقت في العبد ، ففي يده أو عينه أو أذنه أو شفته نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته ، وما أوجب الدية في الحر كالأنف واللسان واليدين والرجلين والعينين والأذنين أوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه ، روى هذا عن علي رضي الله عنه ، وروى نحوه عن سعيد بن المسيب ، وبه قال ابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، والشافعي ، والثوري ، وبه قال أبو حنيفة . قال أحمد : هذا قول سعيد بن المسيب .

وقال آخرون : ماأصيب به العبد فهو على مانقص من قيمته ، والظاهر أن هذا لو كان قول علي لما احتج أحمد فيه إلا به ، دون غيره ، إلا أن أبا حنيفة والثوري قالا : ماأوجب الدية من الحر يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملكا للجاني ، وبين ألا يضمنه شيئاً ، لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد ، وروى عن إياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمـداً أو فقأ عينه هو له ، وعليه ثمنه .

ووجه هذه الرواية : قول علي رضي الله عنه ، ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً ، ولأنه آدمي يضمن بالقصاص والكفارة فكان في أطرافه مقدر كالحر ، ولأن أطرافه فيها مقدر من الحر ، فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك ، وما وجب في شجاجه مقدر وجب في أطرافه مقدر كالحر ، وعلى أبي حنيفة قول علي ، ولأن

(١) في ١٨ لما فوتت الجناية .

هذه الأعضاء فيها مقـدر فوجب ذلك فيهما مع بقاء ملك السيد فى العبد كاليد الواحـدة وسائر الأعضاء ، ولأن من ضمنت يده بمقدر ضمنت يداه بمثليه من غير أن يملـكه كالحر . وقولهم : إنه اجتمع البدل والمبدل لواحد ليس بصحيح ، لأن القيمة ههنا بدل العضو وحده ، ولو كان بدلا عن الجملة لـكان بدل اليد الواحدة بدلا عن نصفه ، وبدل تسع أصابع بدلا عن تسعة أعشاره ، والأمر بخلافه ، والأمة مثل العبد فى ذلك إلا أنها تشبه بالحرة وإذا بلغت ثلث قيمتها احتمل أن جنايتها ترد إلى النصف ، فيـكون فى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار قيمتها ، وفى أربعـة أصابع خمسها ، كما أن المرأة تساوى الرجل فى الجراح إلى ثلث ديتها ، فإذا بلغت الثلث ردت إلى النصف ، والأمة امرأة ، فيـكون أرشها من قيمتها كأرش الحرة . ويحتمل ألا يرد إلى النصف ، لأن ذلك فى الحرة على خلاف الأصل ، لـكون الأصل زيادة الأرش بزيادة الجناية وأنه كلما زاد نقصها وضررها زاد فى ضمانها ؟ فإذا خولف هذا فى الحرة بقينا فى الأمة على وفق الأصل .

٧٠١٥ فصـــــل

وإذا جنى على العبـد فى رأس أو وجـه دون الموضحة فنقصته أكثر من أرشها وجب ما نقصته ، ويحتمل أن يرد إلى نصف عشر قيمته كالحر إذا زاد أرش شجته التى دون الموضحة على نصف عشر ديته ، والأول أولى ، لأن هذه جراحة لا موقت فيها ، فـكان الواجب فيها ما نقص ، كما لو كانت فى غير رأسه ، ولأن الأصل وجوب ما نقص خولف فى المقدر ففى هذا يبقى على الأصل .

٧٠١٦ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كان المقتول خنثى مشكلا ففيه نصف دية ذكر ، ونصف دية أنثى ﴾ .

وهذا قول أصحاب الرأى . وقال الشافعى الواجب دية أنثى ، لأنها اليقين فلا يجب الزائد بالشك ، ولنا أنه يحتمل الذكورية والأنوثية احتمالا واحداً وقد يئسنا من انـكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين .

٧٠١٧ فصـــــل

فأما جراحه فما لم يبلغ ثلث الدية ففيه دية جرح الذكر ، لاستواء الذكر والأنثى فى ذلك ، وإن زاد على الثلث مثل أن قطع يده ففيه ثلاثة أرباع دية يد الذكر ، سبعة وثلاثون بعيراً ونصف ، ويقاد به الذكر والأنثى ، لأنهما لا يختلفان فى القود ، ويقاد هو بكل واحد منهما .

٧٠١٨ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كان المجنى عليه نصفه حر ونصفه عبد فلا قود ، وعلى الجانى إن كان عمداً نصف دية حر ونصف قيمته ، وهكذا فى جراحه وإن كان خطأ فعليه نصف قيمته ، وعلى عاقلته نصف الدية ﴾ .

يعنى لاقود على قاتله إذا كان نصفه حراً ، لأنه ناقص بالرق ، فلم يقتل به الحر كالو كان كله رقيقاً ، وإن كان قاتله عبداً قتل به ، لأنه أ كمل من الجانى ، وإن كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وإن كانت الحرية فى القاتل أ كثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما ، وفى ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ، ونصف قيمته إذا كان عمداً ، لأن العاقلة لاتحمل العمد ، وإن كان خطأ ففى ماله نصف قيمته ، لأن العاقلة لاتحمل العبد وعلى عاقلته نصف الدية ، لأنها دية حر فى الخطأ ، والعاقلة تحمل ذلك . وهكذا الحكم فى جراحه إذا كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية ، مثل أن يقطع أنفه أو يديه ، وإن قطع إحدى يديه فعقل جميعها على الجانى فى ماله ، لأن عليه نصف دية اليد ، وهو ربع ديته ، لأجل حرية نصفه ، وذلك دون ثلث الدية ، وعليه ربع قيمته .

٧٠١٩ فصــــل

ودية الأعضاء كدية النفس ، فإن كان الواجب من الذهب أو الورق لم يختلف بعمد ولا خطأ ، وإن كان من الإبل وجب فى العمد أرباعاً على إحدى الروايتين ، وفى الأخرى يجب خمس وعشر منها حقاق وخمس وعشر جذاع ، وخمساها خلفات ، وفى الخطأ يجب أخماساً ، فإن لم يمكن مثل أن يوضحه عمداً ، فإنه يجب أربعة أرباعاً والخامس من أحد الأجناس الأربعة قيمته ربع قيمة الأربع ، وإن قلنا بالرواية الأخرى وجب خلفتان وحقة وجذعة وبعير قيمته نصف قيمة حقة ، ونصف قيمة جذعة .

وإن كان خطأ وجب الخمس من الأجناس الخمسة ، من كل جنس بعير ، وإن كان الواجب دية أنملة وقلنا يجب من ثلاثة أجناس وجب بعير وثلث من الخلفات وحقة وجذعة . وإن قلنا أرباعاً وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيمة الأربعة وثلثها ، وإن كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس وعند أصحابنا قيمة كل بعير مائة وعشرون درهماً أو عشرة دنانير ، ولا فائدة فى تعيين أسنانها ، فإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهم مثل أن كانت العشرة دنانير تساوى مائة درهم فقياس قولهم إنه إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجنى عليه قبوله لأنه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فيلزمه قبول مايساويها ، والله أعلم .

باب القسامة

القسامة مصدر أقسم قسما وقسامة . ومعناه : حلف حلفاً . والمراد بالقسامة ههنا : الأيمان المكررة فى دعوى القتل . قال القاضى : هى الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة . قال : وأهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون ، سموا باسم المصدر ، كما يقال رجل زور وعدل ورضى . وأى الأمرين كان فهو من القسم الذى هو الحلف .

والأصل فى القسامة ماروى يحيى بن سعيد الأنصاري عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حَثْمَةَ

ورافع بن خَديج « أن مُحَيِّصَة بن مسعود ، وعبد الله بن سهل انطلقا إلى خيبر ، فتفرقا في النخيل فقتل عبد الله بن سهل ، فاتهموا اليهود ، فجاء أخوه عبدالرحمن ، وابنا عمه حُوَيِّصَة ومُحَيِّصة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه وهو أصغرهم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « كَبِّرْ[1] الكُبْرَ[2] أو قال : ليبدأ الأكبر ـ فتكلما في أمر صاحبهما ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يقسم خمسون منكم على رجل منهم ، فيدفع إليكم[3] برُمَّتِه . فقالوا : أمر لم نشهده ، كيف نحلف ؟ قال : فتُبرِئُكم يهودُ بأيمانِ خمسين منهم . قالوا : يارسول الله قوم كفار ضلال . قال فوداه[4] رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبله . قال سهل ، فدخلت[5] مِرْبَداً لهم فركضتني ناقةٌ من تلك الإبل » . متفق عليه .

٧٠٢٠ مســـألة

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ إذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لاعداوة بينهم ، ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

٧٠٢١ الأول

في أنه إذا وجد قتيل في موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة ، ولم تكن بينهم عداوة ، ولا لوث فهي كسائر الدعاوى ، إن كانت لهم بينة حكم لهم بها ، وإلا فالقول قول المنكر . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إذا ادعى أولياؤه قتله على أهل المحلة أو على معين فللولي أن يختار من الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يميناً ، والله ماقتلناه ، ولا علمنا قاتله . فإن

---

(١) في ٢٩ : كبر ، كبر .

(٢) وردت روايات بألفاظ مختلفة في صحيح مسلم ففي ج ٣ ص ١٢٩١ « فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : كبر (الكبر في السن) ، والكبر منصوب بإضمار يريد ونحوها ، وفي ص ١٢٩٤ رواية بلفظ « كبر الكبر أو قال يبدأ الأكبر ، وفي ص ١٢٩٤ رواية بلفظ (كبر كبر) بصيغة الأمر فيهما ، والثاني توكيد للأول . (ف)

(٣) أي يسلم إليكم بحبله الذي شد به لئلا يهرب ، قال في المصباح ص ٣٦٨ « الرمة بالضم القطعة من الحبل . وأخذت الشيء برمته أي جميعه وأصله أن رجلا باع بعيراً وفي عنقه حبل فقيل ادفعه برمته ثم صار كالمثل في كل مالا ينقص ولا يؤخذ منه شيء (ف)

(٤) وداه : دفع ديته (ف)

(٥) المربد : الموضع الذي يجتمع فيه الابل وتحبس ، والربد : الحبس ومعنى ركضتني رفستني ، ومقصود (سهل) بهذا أنه ضبط الحديث وحفظه جيداً (ف)

نقصوا عن الخمسين كررت الأيمان عليهم حتى تتم ، فإذا حلفوا وجبت الدية على باقى الخطة ، فإن لم يكن وجبت على سكان الموضع . فإن لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا ، لما روى أن رجلا وجد قتيلا بين حيين فحلفهم عمر رضى الله عنه خمسين يميناً ، وقضى بالدية على أقربهما ، يعنى أقرب الحيين فقالوا : والله ماوقت أيماننا أموالنا ولا أموالنا أيماننا ، فقال عمر[1] : حقنتم بأموالكم دماءكم .

ولنا حديث عبد الله بن سهل ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم[2] وقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . ولأنّ الأصل فى المدعى عليه براءة ذمته ، ولم يظهر كذبه فكان القول قوله ، كسائر الدعاوى ، ولأنه مدعى عليه ، فلم تلزمه اليمين والغرم كسائر الدعاوى . وقول النبي صل الله عليه وسلم أولى من قول عمر ، وأحق بالاتباع ، ثم قصة عمر يحتمل أنهم اعترفوا بالقتل خطأ ، وأنكروا العمد ، فأحلفوا على العمد ، ثم إنهم لا يعملون بخبر النبي صلى الله عليه وسلم المخالف للأصول ، وقد صاروا هاهنا إلى ظاهر قول عمر المخالف للأصول ، وهو إيجاب الأيمان على غير المدعى عليه ، وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم والجمع بين تحليفهم وتغريمهم وحبسهم على الأيمان ، قال ابن المنذر : سن النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وسن القسامة فى القتيل الذى وجد بخيبر ، وقول أصحاب الرأى خارج عن هذه السنن .

٧٠٢٢ فصل

ولا تسمع الدعوى على غير معين ، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع الدعوى وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : تسمع ويستحلف خمسون منهم ، لأن الأنصار ادعوا القتل على يهود خيبر ، ولم يعينوا القاتل ، فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم دعواهم .

ولنا : أنها دعوى فى حق ، فلم تسمع على غير معين ، كسائر الدعاوى ، فأما الخبر فإن دعوى الأنصار التى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن الدعوى التى بين الخصمين المختلف فيها ، فإن تلك من شرطها حضور المدعى عليه عندهم ، أو تعذر حضوره عندنا ، وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم أن الدعوى

---

(١) أخرجه البيهقى فى المعرفة عن الشافعى بسنده إلى الشعبي عن عمر (ف)

(٢) ذكره المؤلف بلفظ وبعد ذلك قريباً بلفظ آخر ولفظ مسلم كما فى ج ٣ ص ١٣٣٦ عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه (ف)

لاتصح إلا على واحد بقوله : « تقسمون على رجـل منهم فيدفع إليكم برمته » ، وفى هذا بيان أن الدعوى لاتصح على غير معين .

٧٠٢٣ فصـــــل

فأما إن ادعى القتل من غير وجود قتل ، ولا عداوة فحكمها حكم سائر الدعاوى فى اشتراط تعيين المدعى عليه ، وأن القول قوله لانعلم فيه خلافاً .

٧٠٢٤ الفصل الثانى

أنه إذا ادعى القتل ، ولم تكن عدواة ، ولا لوث ففيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : لايحلف المدعى عليه ، ولا يحكم عليه بشىء ، ويخلى سبيله هذا الذى ذكره الخرقى هاهنا ، وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمداً ، لأنها دعوى فيما لايجوز بذله ، فلم يستحلف فيها كالحدود ، ولأنه لايقضى فى هذه الدعوى بالنكول ، فلم يستحلف فيها كالحدود .

والثانية ، يستحلف ، وهو الصحيح ، وهو قول الشافعى ، لعموم قوله عليه السلام : « اليمين على المدعى عليه » ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » ظاهر فى إيجاب اليمين هاهنا لوجهين :

أحدها : عموم اللفظ فيه .

والثانى : أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكره فى صدر الخبر ، بقوله : « لادعى قوم دماء رجال وأموالهم - ثم عقبه بقوله - ولكن اليمين على المدعى عليه » فيعود إلى المدعى عليه المذكور فى الحديث ولا يجوز إخراجه منه إلا بدليل أقوى منه ، ولأنها دعوى فى حق آدمى فيستحلف فيها كدعوى المال ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور .

إذا ثبت هذا فالمشروع يمين واحدة . وعن أحمد : أنه يشرع خمسون يميناً ، لأنها دعوى فى القتل ، فكان المشروع فيها خمسون[1] يميناً ، كما لو كان بينهم لوث ، وللشافعى قولان فى هذا كالروايتين .

ولنا : أن قوله عليه السلام : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . ظاهر فى أنها يمين واحدة من وجهين .

---

(١) فى طبعة رشيد (خمسون) فى ج ١٠ ص ٦ ومثله كما فى طبعة الفقى ج ٨ ص ٦٧ والصواب (خمسين) بالنصب خبر (كان) وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٧ (فيشرع فيها خمسون يميناً) بدون (كان) وبيناء الفعل للمجهول . (ف)

أحدهما : أنه وحد اليمين فينصرف إلى واحدة . والثانى : أنه لم يفرق فى اليمين المشروعة ، فيدل على التسوية بين المشروعة فى الدم والمال ، ولأنها يمين يعضدها الظاهر والأصل ، فلم تغلظ كسائر الأيمان ، ولأنها يمين مشروعة فى جنبة المدعى عليه ابتداء ، فلم تغلظ بالتكرير كسائر الأيمان ، وبهذا فارق ما ذكروه .

فإن نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف فى المذهب ، وقال أصحاب الشافعى : إن نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى ، فحلف خمسين يميناً واستحق القصاص إن كانت الدعوى عمداً ، والدية[1] إن كانت موجبة للقتل ، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة أو الإقرار والقصاص يجب بكل واحد منهما .

ولنا : أن القتل لم يثبت ببينة ولا إقرار ، ولم يعضده لوث ، فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل . ولا يصح إلحاق الأيمان مع النكول ببينة ولا إقرار ، لأنها أضعف منها ، بدليل أنه لا يشرع إلا عند عدمهما ، فيكون بدلا عنهما ، والبدل أضعف من المبدل ، ولا يلزم من ثبوت الحكم بالأقوى ثبوته بالأضعف ، ولا يلزم من وجوب الدية وجوب القصاص ، لأنه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشاهد واليمين ، ويحتاط له ، ويدرأ بالشبهات ، والدية بخلافه .

فأما الدية فتثبت بالنكول عند من يثبت المال به أو ترد اليمين على المدعى فيحلف يميناً واحدة ، ويستحقها كما لو كانت الدعوى فى مال والله أعلم .

٧٠٢٥ مسألة

قال : ﴿ فإن كان بينهم عداوة ولوث فادعى أولياؤه على واحد حلف الأولياء على قاتله خمسين يميناً ، واستحقوا دمه ، إذا كانت الدعوى عمداً ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٧٠٢٦ الأول

فى اللوث المشترط فى القسامة . واختلفت الرواية عن أحمد فيه ، فروى عنه أن اللوث هو : العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه ، كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر ، وما بين القبائل والأحياء . وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب ، وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص ، وكل من بينه

---

(١) (والدية) بالواو فى طبعة رشيد ج ١٠ ص ٧ المغنى ج ٨ ص ٦٧ وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٨ (أو الدية إن كانت الدعوى عمداً موجباً للقتل). (ف)

وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله ، نقل مهنا عن أحمد فيمن وجد قتيلا فى المسجد الحرام ينظر من بينه وبينه فى حياته شىء ، يعنى ضغناً ، يؤخذون به ، ولم يذكر القاضى فى اللوث غير العداوة ، إلا أنه قال فى الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيل ، فاللوث على الطائفة[1] واللوث على طائفة القتيل .

إذا ثبت هذا فإنه لايشترط مع العداوة ألا يكون فى الموضع الذى به القتيل غير العدو ، نص عليه أحمد فى رواية مهنا التى ذكرناها ، وكلام الخرقى يدل عليه أيضاً ، واشترط القاضى أن لايوجد القتيل فى موضع عدو لايختلط بهم غيرهم ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن الأنصارى قتل فى خيبر ، ولم يكن فيها إلا اليهود ، وجميعهم أعداء ، ولأنه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير . ثم ناقض القاضى قوله ، فقال فى قوم ازدحموا فى مضيق فافترقوا عن قتيل : إن كان فى القوم من بينه وبينهم عداوة وأمكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث ، فجعل العداوة لوثاً ، مع وجود غير العدو .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا ، مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها ، لأنها كانت أملاكا للمسلمين يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها ، وعمارتها ، والاطلاع عليها ، والامتيار[2] منها ، ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها ، وقول الأنصار : ليس لنا بخيبر عدو إلا يهود يدل على أنه قد كان بها غيرهم ، ممن ليس بعدو ، ولأن اشتراكهم فى العداوة لايمنع من وجود اللوث فى حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره فى احتمال قتله ، فلأن يمنع ذلك وجود من يبعد منه القتل أولى . وماذكروه من الاحتمال لاينفى اللوث ، فإن اللوث لايشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ، ولا ينافيه الاحتمال ، ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج إلى الأيمان ، ولو اشترط نفى الاحتمال لما صحت الدعوى على واحد من جماعة ، لأنه يحتمل أن القاتل غيره ، ولا على الجماعة كلهم ، لأنه يحتمل أن لا يشترك الجميع فى قتله .

والرواية الثانية : عن أحمد أن اللوث مايغلب على الظن صدق المدعى ، وذلك من وجوه :

أحدها : العداوة المذكورة .

---

(١) هكذا فى النسخ لكن لفظ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٩ « ولم يذكر القاضى فى اللوث غير العداوة إلا أنه قد قال فى الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيل فاللوث على الطائفة التى القتيل من غيرها سواء كان القتال بالتحام أو مراماة بالسهام، وإن لم تبلغ السهام فاللوث على طائفة القتيل إذا ثبت هذا. الخ» ومنه يتبين مافى نسخ المغنى من سقط . (ف)

(٢) الامتيار : طلب الميرة ، وهى مايحتاج إليه الإنسان من طعام وغيره .

والثانى : أن تتفرق جماعة عن قتيل ، فيـكون ذلك لوثاً فى حق كل واحد منهم ، فإن ادعى الولى على واحد فأنـكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ، ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الأصل عدم ذلك إلا أن يثبت ببينة .

الثالث : أن يزدحم الناس فى مضيق ، فيوجد فيهم قتيل ، فظاهر كلام أحمد . أن هذا ليس بلوث فإنه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة : فديته فى بيت المال ، وهذا قول إسحاق ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، فإن سعيد روى فى سننه عن إبراهيم قال : قتل رجل فى زحام الناس بعرفة ، فجاء أهله إلى عمر ، فقال : بينتـكم على من قتله ، فقال على : يا أمير المؤمنين لايطل دم امرىء مسلم ، إن علمت قاتله وإلا فأعطه ديته من بيت المال ، قال أحمد فيمن وجد مقتولا فى المسجد الحرام : ينظر من كان بينه وبينه شىء فى حياته يعنى عداوة يؤخذون ، فلم يجعل الحضور لوثاً . وإنما جعل اللوث العداوة ، وقال الحسن والزهرى فيمن مات فى الزحام : ديته على من حضر ، لأن قتله حصل منهم . وقال مالك : دمه هدر ، لأنه لايعلم له قاتل ، ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إليه فى رجل وجد قتيلا لم يعرف قاتله ، فـكتب إليهم : إن من القضايا قضايا لايحكم فيها إلا فى الدار الآخرة ، وهذا منها .

الرابع : أن يوجد قتيل لايوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ، ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله ، مثل أن يرى رجلا هارباً يحتمل أنه القاتل ، أو سبعاً يحتمل ذلك فيه .

الخامس : أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من إحداهما ، فاللوث على الأخرى ، ذكره القاضى . فإن كانوا بحيث لاتصل سهام بعضهم بعضاً فاللوث على طائفة القتيل . هذا قول الشافعى .

وروى عن أحمد : أن عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما إذ اقتتلت الفئتان إلا أن يدعوا على واحد بعينه ، وهذا قول مالك ، وقال ابن أبى ليلى ، على الفريقين جميعاً ، لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه ، وعن أحمد فى قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم . فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح ، وإن كان فيهم من لاجرح فيه فهل عليه من الديات شىء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد .

السادس : أن يشهد بالقتل عبيد ونساء ، فهذا فيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : أنه لوث ، لأنه يغلب على الظن صدق المدعى فى دعواه فأشبه العداوة .

والثانية : ليس بلوث ، لأنهـا شهادة مردودة فلم تـكن لوثاً كما لو شهد به كفار ، وإن شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثاً ؟ على وجهين :

أحدهما : ليس بلوث ، لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم ، فلا يثبت اللوث بها كشهادة الأطفال والمجانين .

والثاني : يثبت بها اللوث ، لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعي ، فأشبه شهادة النساء والعبيد وقول الصبيان معتبر في الإذن في دخول الدار ، وقبول الهدية ، ونحوها . وهذا مذهب الشافعي . ويعتبر أن يجيء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق إليهم التواطؤ على الكذب .

فهذه الوجوه قد ذكر عن أحمد أنها لوث ، لأنها يغلب على الظن صدق المدعي ، أشبهت العداوة .

وروي أن هذا ليس بلوث ، وهو ظاهر كلامه في الذي قتل في الزحام لأن اللوث إنما يثبت بالعداوة بقضية الأنصاري القتيل بخيبر ، ولا يجوز القياس ، لأن الحكم ثبت بالمظنة ، ولا يجوز القياس في المظان ، لأن الحكم إنما يتعدى بتعدي سببه ، والقياس في المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتنخبط ولا تنضبط وتختلف باختلاف القرائن والأحوال والأشخاص ، فلا يمكن ربط الحكم بها ، ولا تعديته بتعديها ، ولأنه يعتبر في التعدية والقياس التساوي بين الأصل والفرع في المقتضي ، ولا سبيل إلى يقين[1] التساوي بين الظنين مع كثرة الاحتمالات ، وترددها ، فعلى هذه الرواية : حكم هذه الصور حكم غيرها مما لا لوث فيه .

٧٠٢٧ فصل

وإن شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين ، لم تثبت هذه الشهادة ، ولم يكن لوثاً عند أحد علمائنا ، قوله وإن شهد أن هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين ، أو شهد أحدهما أن هذا قتله ، وشهد الآخر أنه أقر بقتله ، أو شهد أحدهما أن هذا قتله بسيف ، وشهد الآخر أنه قتله بسكين ، لم تثبت الشهادة ، ولم يكن لوثاً . هذا قول القاضي ، واختياره . والمنصوص عن أحمد فيما إذا شهد أحدهما بقتله والآخر بالإقرار بقتله أنه يثبت القتل . واختار أبو بكر ثبوت القتل ههنا . وفيما إذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف ، وشهد الآخر أنه قتله بسكين ، لأنهما اتفقا على القتل ، واختلفا في صفته ، وقال الشافعي : هو لوث في هذه الصورة ، في أحد القولين ، وفي الصورتين اللتين قبلها هو لوث ، لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعي ، أشبهت شهادة النساء والعبيد . ولنا أنها شهادة مردودة للاختلاف فيها ، فلم يكن لوثاً كالصورة الأولى .

٧٠٢٨ فصل

وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وعن أحمد : أنه شرط

(١) في الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٣ « ولا سبيل إلى تغير التساوي بين الظنين » ولعل الأصل « ولا سبيل إلى يقين للتساوي بين الظنين » .

وهذا قول حماد وأبي حنيفة والثوري ، لأنه إذا لم يكن به أثر احتمل أنه مات حتف أنفه .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار : هل كان بقتيلهم أثر أو لا ؟ ولأن القتل يحصل بما لا أثر له ، كغم الوجه ، والخنق ، وعصر الخصيتين ، وضربة الفؤاد ، فأشبه من به أثر ، ومن به أثر قد يموت حتف أنفه ، لسقطته ، أو صرعته ، أو بقتل نفســه ، فعلى قول من اعتبر الأثر إن خرجُ الدم من أذنه فهو لوث ، لأنه لا يكون إلا بالخنق له ، أو أمر أصيب به ، وإن خرج من أنفـه فهل يكون لوثاً ؟ على وجهين .

٧٠٣٩ الفصل الثاني

أن القسامة لا تثبت ما لم يتفق الأولياء على الدعوى ، فإن كذب بعضهم بعضاً ، فقال أحدهم : قتله هـذا ، وقال الآخر : لم يقتله هذا ، أو قال : بل قتله هذا الآخر ، لم تثبت القسامة ، نص عليه أحمـد ، وسواء كان المـكذب عـدلاً أو فاسقاً . وذكر عن الشافعي : أن القسامة لا تبطل بتـكذيب الفاسق ، لأن قوله غير مقبول .

ولنا : أنه مقر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه أخوه ، فقبل كما لو ادعى ديناً لهما ، وإنما يقبل قوله على غيره ، فأما على نفسه فهو كالعدل ، لأنه لا يتهم في حقها ، فأما إن لم يكذبه ، ولم يوافقه في الدعوى مثل أن قال أحـدهما قتله هـذا ، وقال الآخر : لا نعلم قاتله ، فظاهر كلام الخرقي أن القسامة لا تثبت ، لاشتراطه ادعاء الأولياء على واحد ، وهذا قول مالك ، وكذلك إن كان أحد الوليين غائباً فادعى الحاضر دون الغائب ، أو ادعيا جميعاً على واحد ، ونكل أحدهما عن الأيمان ، لم يثبت القتل في قياس قول الخرقي ومقتضى قول أبي بكر والقاضي ثبوت القسامة ، وكذلك مذهب الشافعي ، لأن أحدهما لم يكذب الآخر فلم تبطل القسامة ، كما لو كان أحـد الوارثين امرأة أو صغيراً ، فعـلى قولهم يحلف المدعى خمسين يميناً ، ويستحق نصف الدية ، لأن الأيمان هاهنا بمنزلة البينة ، ولا يثبت شيء من الحق إلا بعد كمال البينة ، فأشبه مالو ادعى أحـدهما ديناً لأبيهما ، فإنه لا يستحق نصيبه من الدين إلا أن يقيم بينـة كاملة وذكر أبو الخطاب فيما إذا كان أحدهما غائباً : أن الأول فيه وجهان :

أحدهما : أنه يحلف خمساً وعشرين يميناً ، وهذا قول ابن حامد ، لأن الأيمان مقسومة عليـه وعلى أخيه ، بدليل مالو كانا حاضرين متفقين في الدعوى ، ولا يحلف الإنسان عن غيره ، فلا يلزمه أكثر من حصته ، فإذا حضر الغائب أقسم خمساً وعشرين يميناً وجهاً واحـداً ، لأنه يبنى على أيمان أخيه ، وذكر أبو بكر والقاضي في نظير هذه المسألة أن الأول يحلف خمسين يميناً .

وهل يحلف الثاني خمسين أو خمساً وعشرين ؟ على وجهين أحدهما يقول : يحلف خمسين لأنَّ أخاه لم يستحق إلاّ بخمسين فـكذلك هو .

ولنا : أنهما لم يتفقا فى الدعوى ، فلم تثبت القسامة كما لو كذبه ، ولأن الحق فى محل الوفاق إنما يثبت بأيمانهما التى أقيمت مقام البينة ، ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر فى الأيمان ، كما فى سائر الدعاوى ، فعلى هذا إن قدم الغائب فوافق أخاه ، أو عاد من لم يعلم ، فقال : قد عرفته هو الذى عينه أخى ، أقسما حينئذ ، وإن قال أحدهما : قتله هذا ، وقال الآخر : قتله هذا وفلان ، فعلى قول الخرقى لا تثبت القسامة ، لأنها لا تكون إلا على واحد ، وعلى قول غيره يحلفان على من اتفقا عليه ، ويستحقان نصف الدية ، ولا يجب القود ، لأنه إنما يجب فى الدعوى على واحد ، ويحلفان جميعاً على هذا الذى اتفقا عليه على حسب دعواهما ، ويستحقان نصف الدية ، ولا يجب أكثر من نصف الدية ، لأن أحدهما يكذب ، الآخر فى النصف الآخر ، فبقى اللوث فى حقه فى نصف الدم الذى اتفقا عليه ، ولم يثبت فى النصف الذى كذبه أخوه ، ولا يحلف الآخر على الآخر ، لأن أخاه كذبه فى دعواه عليه ، وإن قال أحدهما قتل أبى زيد وآخر لا أعرفه ، وقال الآخر : قتله عمرو وآخر لا أعرفه ، لم تثبت القسامة فى ظاهر قول الخرقى لأنها لا تكون إلا على واحد ، ولأنهما مااتفقا فى الدعوى على واحد ، ولا يمكن أن يحلفا على من لم يتفقا فى الدعوى عليه ، والحق إنما ثبت فى محل الوفاق بأيمان الجميع ، فكيف يثبت فى الفرع بأيمان البعض ؟

وقال أبو بكر والقاضى : تثبت القسامة ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه ليس ههنا تكذيب فإنه يجوز أن يكون الذى جهله كل واحد منهما هو الذى عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذى عينه خمسين يميناً ، ويستحق ربع الدية ، فإن عاد كل واحد منهما فقال : قد عرفت الذى جهله وهو الذى عينه أخى حلف أيضاً على الذى حلف عليه أخوه ، وأخذ منه ربع الدية ، ويحلف خمسا وعشرين يميناً ، لأنه يبنى على أيمان أخيه ، فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كما لو عرفه ابتداء . وفيه وجه آخر : أنه يحلف خمسين يميناً ، لأن أخاه حلف خمسين يميناً ، وللشافعى فى هذا قولان كالوجهين .

ويجىء فى المسألة وجه آخر وهو : أن الأول لا يحلف أكثر من خمسة وعشرين يمينا ، لأنه إنما يحلف على مايستحقه والذى يستحقه النصف ، فيكون عليه نصف الأيمان ، كما لو حلف أخوه معه ، وإن قال كل واحد منهما : الذى كنت جهلته غير الذى عينه أخى ، بطلت القسامة التى أقسماها ، لأن التكذيب يقدح فى اللوث ، فيرد كل واحد منهما ماأخذ من الدية ، وإن كذب أحدهما أخاه ولم يكذبه الآخر بطلت قسامة المكذب دون الذى لم يكذب .

٧٠٣٠ فصل

وإن قال الولى بعد القسامة غلطت ، ماهذا الذى قتله ، أو : ظلمته بدعواى القتل عليه ، أو قال :

كان هذا المدعى عليه فى بلد آخر يوم قتل وليى ، وكان بينهما بُعْد لايمكن أن يقتله إذا كان فيه بطلت القسامة ، ولزمه رد ماأخذه ، لأنه مقر على نفسه ، فقبل إقراره ، وإن قال : ما أخذته حرام ، سئل عن ذلك ، فإن قال : أردت أننى كذبت فى دعواى عليه ، بطلت قسامته أيضاً . وإن قال : أردت أن الأيمان تكون فى جنبة المدعى عليه كمذهب أبى حنيفة لم تبطل القسامة ، لأنها ثبتت باجتهاد الحاكم ، فيقدم على اعتقاده ، وإن قال : هذا مغصوب ، وأقر بمن غصب منه ، لزمه رده عليه ، ولا يقبل قوله على من أخذه منه ، لأن الإنسان لايقبل إقراره على غيره . وإن لم يقربه لأحد لم ترفع يده عنه ، لأنه لم يتعين مستحقه . وإن اختلفا فى مراده بقوله فالقول قوله ، لأنه أعرف بقصده.

٧٠٣١ فصــــل

وإن أقام المدعى عليه بينة أنه كان يوم القتل فى بلد بعيد من بلد المقتول ، لايمكن مجيئه منه إليه فى يوم واحد ، بطلت الدعوى . وإن قالت البينة : نشهد أن فلاناً لم يقتله ، لم تسمع هذه الشهادة ، لأنه نفى مجرد ، فإن قالا : ماقتله فلان بل قتله فلان سمعت ، لأنها شهدت بإثبات تضمن النفى فسمعت كما لو قالت ماقتله فلان ، لأنه كان يوم القتل فى بلد بعيد .

٧٠٣٢ فصــــل

فإن جاء رجل فقال : ما قتله هـذا المدعى عليه ، بل أنا قتلته ، فكذبه الولى لم تبطل دعواه ، وله القسامة ، ولا يلزمه رد الدية إن كان أخذها ، لأنه قول واحد ، ولا يلزم المقر شىء ، لأنه أقر لمن يكذبه وإن صدقه الولى أو طالبه بموجب القتل لزمه رد ماأخذه ، وبطلت دعواه على الأول ، لأن ذلك جرى مجرى الإقرار ببطلان الدعوى ، وهل له مطالبة المقر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له مطالبته ، لأنه أقر له بحق ، فملك مطالبته به كسائر الحقوق .

والثانى : ليس له مطالبته ، لأن دعواه على الأول انفرادَه بالقتل إبراء لغيره ، فلا يملك مطالبة من أبرأه والمنصوص عن أحمد رحمه الله : أنه يسقط القود عنهما ، وله مطالبة الثانى بالدية ، فإنه قال فى رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليقتاد منه فجاء رجل فقال : ماقتله هذا ، أنا قتلته : فالقود يسقط عنهما ، والدية على الثانى .

ووجه ذلك ماروى أن رجلا ذبح رجلا فى خربة وتركه وهرب ، وكان قصاب قد ذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه إلى الخربة ، فتبعها حتى وقف على القتيل والسكين بيده ملطخة بالدم ، فأخذ على تلك الحال ، وجىء به إلى عمر رضى الله عنه ، فأمر بقتله فقال القاتل فى نفسه : ياويله ، قتلت نفساً ويقتل بسببى آخر ، فقام فقال : أنا قتلته ، ولم يقتله هذا ، فقال عمر : إن كان قد قتل نفساً فقد أحيا نفساً ، ودرأ

عنه القصاص ، ولأن الدعوى على الأول شبهة فى درء القصاص عن الثانى ، وتجب الدية عليه لإقراره بالقتل الموجب لها ، وهذا القول أصح وأعدل ، مع شهادة الأثر بصحته .

٧٠٣٣ الفصل الثالث

أن الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث شرعت اليمين فى حق المدعين أولا ، فيحلفون خمسين يميناً على المدعى عليه إنه قتله ، وثبت حقهم قِبَله ، فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء ، وبهذا قال يحيى بن سعيد ، وربيعة ، وأبو الزناد ، ومالك ، والشافعى . وقال الحسن : يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يميناً ، ويبرءون ، وإن أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين أن حقَّنا قبلكم ، ثم يعطون الدية ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم ، وفى لفظ : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » . رواه الشافعى فى مسنده . وروى أبو داود بإسناده عن[1] سليمان بن يسار ، عن رجال من الأنصار : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم : « يحلف منكم خمسون رجلا » ، فأبوا ، فقال للأنصار : « اسْتَحِقُّوا » قالوا : نحلف على الغَيْبِ يارسول الله ؟ فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم[2] على اليهود ، لأنه وجد بين أظهرهم ، ولأنها يمين فى دعوى ، فوجبت فى جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى وقال الشعبى ، والنخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى : يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل بالله ماقتلناه ، ولا علمنا [له] قاتلا ، ويغرمون الدية ، لقضاء عمر بذلك ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً وتكلموا فى حديث سهل بما روى أبو داود عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمى عن عبد الرحمن[3] ونجيد بن قبطى أحد بنى حارثة ، قال محمد بن إبراهيم : وأيم الله ما كان سهل بأعلم منه ، ولكنه كان أسن منه . قال : والله ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : احلفوا على مالا علم لكم به ، ولكنه كتب إلى يهود حين كلمته الأنصار : «إنه وجد بين أبياتكم قتيل فَدُوه »

---

(١) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٤٨٧ ، عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار ، (ف)

(٢) فى سنن أبى داود ، فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود ، (ف)

(٣) لفظ أبى داود كما فى سننه ج ٢ ص ٤٨٧ « ... عن محمد بن إبراهيم بن الحارث عن عبد الرحمن ابن بجيد قال : إن سهلا والله أوهم الحديث ، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى يهود : أنه قد وجد بين أظهركم قتيل فدوه ، فكتبوا يحلفون بالله خمسين يميناً : ماقتلناه ولا علمنا قتيلا . قال : فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده مائة ناقة » ومنه يعلم أن (عبد الرحمن ونجيد) كما فى المغنى طبعة رشيد ج ١٠ ص ١٩ والفقى ج ٨ ص ٧٦ - خطأ والصواب (عبد الرحمن بن بجيد) كذلك يعلم زيادة (ابن قيظى) أو (ابن قبطى) كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٩ ولا أصل لها فى أبى داود وهى خطأ والصواب (بجيد بن وهب) كما فى ذخائر المواريث ج ٢ ص ٢٢٢ وتقريب التهذيب ج ١ ص ٤٧٣ (ف)

فـكتبوا يحلفون بالله ماقتلوه ، ولا يعلمون له قاتلا ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده .

ولنا : حديث سهل ، وهو صحيح متفق عليه ، ورواه مالك في موطئه ، وعمل به ، وما عارضه من الحديث لايصح لوجوه :

أحدها : أنه نفي ، فلا يرد به قول المثبت .

والثاني : أن سهلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليـه وسلم شاهد القصة وعرفها ، حتى أنه قال : ركضتني ناقة من تلك الإبل ، والآخر يقول برأيه وظنه من غير أن يرويه عن أحد ولا حضر القصة .

والثالث : أن حديثنا مخرج في الصحيحين متفق عليه ، وحديثهم بخلافه .

الرابع : أنهم لايعملون بحديثهم ولا حديثنا ، فـكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه ؟ وحديث سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار ، ولم يذكر لهم صحبة ، فهو أدنى لهم من حديث محمد بن إبراهيم ، وقد خالف الحديثين جميعاً ، فـكيف يجوز أن يعتمد عليه ؟ وحديث « اليمين على المدعى عليه » لم ترد به هـذه القصة ، لأنه يدل على أن النـاس لايعطون بدعواهم ، وهنا قد أعطوا بدعواهم ، على أن حديثنا أخص منه ، فيجب تقديمه ، ثم هو حجة عليهم ، لـكون المدعين أعطوا بمجرد دعواهم من غـير بينة ، ولا يمين منهم ، وقد رواه ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على المدعى واليمين على من أنـكر إلا في القسامة » . وهذه الزيادة يتعين العمل بها ، لأن الزيادة من الثقة مقبولة ، ولأنها أيمان مكررة ، فيبدأ فيها بأيمان المدعين كاللعان .

إذا ثبت هذا فإن أيمان القسـامة خمسون مرددة على ماجاءت به الأحاديث الصحيحة ، وأجمع عليـه أهل العلم ، لانعلم أحداً خالف فيه .

٧٠٣٤ الفصل الرابع

أن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع منـه مانع ، روى ذلك عن ابن الزبير ، وعن عمر بن عبد العزيز وبه قال مالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن معاوية ، وابن عباس ، والحسن ، وإسحاق : لاتجب بها الدية ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لليهود : « إما أن تدوا صاحبكم ، وإما أن تؤذنوا بحرب من الله »[1] ، ولأن أيمان المدعين إنما هي بغلبة الظن ، وحكم الظاهر ، فلا يجوز إشاطة الدم بها ، لقيام الشبهة المتمكنة منها ، ولأنها حجة لايثبت بها النكاح ، ولا يجب بها القصاص كالشاهد واليمين ، وللشافعي قولان كالمذهبين .

---

(١) أخرجه أبو داود عن سهل بن أبي حثمة ج ٢ ص ٤٨٥ وفيه فـكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك (ف)

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيـدفع إليكم برمته » . وفى رواية مسلم : « فيسلم إليكم » . وفى لفظ : « وتستحقون[1] دم صاحبكم » فأراد دم القاتل ، لأن دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين ـ والرمة : الحبل الذى يربط به من عليه القود ـ ولأنها حجة يثبت بها العمد ، فيجب بها القود كالبينة . وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الأحول أن النبى صلى الله عليـه وسلم أقاد بالقسامة الطائفة ، وهذا نص ، ولأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطاً للدم ، فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى .

٧٠٣٥ مسـألة

قال : ﴿ فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء ﴾ .

هذا ظاهر المذهب . وبه قال يحيى بن سعيد الأنصارى ، وربيعة ، وأبو الزناد ، ومالك ، والليث ، والشافعى ، وأبو ثور ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد : أنهم يحلفون ويغرمون الدية ، لقضية عمر ، وخبر سليمان بن يسار ، وهو قول أصحاب الرأى .

ولنا : قول النبى صلى الله عليـه وسلم : « فتبرئـكم[2] يهود بأيمان خمسين منهم » أى : يتبرءون منكم ، وفى لفظ قال : « فيحلفون خمسين يميناً ويبرءون من دمه » ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليـه وسلم لم يغرم اليهود ، وأنه أداها من عنده ، ولأنها أيمان مشروعة فى حق المدعى عليه ، فيبرأ بها كسائر الأيمان ، ولأن ذلك إعطاء بمجرد الدعوى ، فلم يجز للخبر ، ومخالفة مقتضى الدليـل ، فإن قول الإنسان لا يقبل على غيره بمجرده كدعوى المال ، وسائر الحقوق ، ولأن فى ذلك جمعاً بين اليمين والغرم فلم يشرع كسائر الحقوق .

٧٠٣٦ مسـألة

قال : ﴿ فإن لم يحلف المدعون ، ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال ﴾ .

يعنى : أدّى ديته ، لقضية عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر ، فأبى الأنصار أن يحلفوا ، وقالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ فوداه النبى صلى الله عليه وسلم من عنده كراهية أن يطل دمه ، فإن تعذر فداؤه من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شىء ، لأن الذى يوجبه عليهم اليمين ، وقد امتنع مستحقوها من استيفائها ، فلم يجب لهم غيرها كدعوى المال .

---

(١) أخرجها أيضاً مسلم ج ٣ ص ١٢٩٥ (ف)

(٢) أخرجه مسلم ج ٣ ص ١٢٩٢ عن سهل بن أبى حثمة ورافع بن خديج (ف)

٧٠٣٧ فصل

وإن امتنع المدعى عليهم من اليمين لم يحبسوا حتى يحلفوا ، وعن أحمد رواية أخرى : أنهم يحبسون حتى يحلفوا ، وهو قول أبي حنيفة .

ولنا : أنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه ، فلم يحبس عليها كسائر الأيمان . إذا ثبت هذا ، فإنه لايجب القصاص بالنكول ، لأنه حجة ضعيفة ، فلا يشاط بها الدم كالشاهد واليمين . قال القاضي : ويديه الإمام من بيت المال نص عليه أحمد . وروى عنه حرب بن إسماعيل أن الدية تجب عليهم ، وهذا هو الصحيح وهو اختيار أبي بكر ، لأنه حكم ثبت بالنكول ، فيثبت في حقهم هاهنا كسائر الدعاوى ، ولأن وجوبها في بيت المال يفضي إلى إهدار الدم وإسقاط حق المدعين ، مع إمكان جبره ، فلم يجز كسائر الدعاوى ، ولأنها يمين توجهت في دعوى أمكن إيجاب المال بها ، فلم تخل من وجوب شيء على المدعى عليه ، كما في سائر الدعاوى ، وهاهنا لو لم يجب على المدعى عليه مال بنكوله ، ولم يجبر على اليمين خلا من وجوب شيء عليه بالكلية .

وقال أصحاب الشافعي : إذا نكل المدعى عليهم ردت الأيمان على المدعين إن قلنا : موجبها المال ، فإن حلفوا استحقوا ، وإن نكلوا فلا شيء لهم ، وإن قلنا : موجبها القصاص فهل ترد على المدعين ؟ فيه قولان ، وهذا القول لايصلح : لأن اليمين إنما شرعت في حق المدعى عليه إذا نكل عنها المدعى ، فلا ترد عليه كما لا ترد على المدعى عليه إذا نكل المدعى عنها بعد ردها عليه في سائر الدعاوى ، ولأنها يمين مردودة على أحد المتداعيين[1] فلا ترد على من ردها كدعوى المال .

٧٠٣٨ مسألة

قال : { وإذا شهدت البينة العادلة أن المجروح قال : دمي عند فلان ، فليس ذلك بموجب للقسامة ، ما لم يكن لوث } .

هذا قول أكثر أهل العلم . منهم الثوري ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، وقال مالك والليث : هو لوث ، لأن قتيل بني إسرائيل قال : قتلني فلان ، فكان حجة ، وروي هذا القول عن عبد الملك بن مروان .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » . ولأنه يدعي حقاً لنفسه ، فلم يقبل قوله كما لو لم يمت ، ولأنه خصم فلم تكن دعواه لوثاً كالولي ، فأما قتيل

---

(١) في ٣٩ : المدعين .

بنى إسرائيل فلا حجـة فيه ، فإنه لاقسامة فيه ، ولأن ذلك كان من آيات الله ، ومعجزات نبيه موسى عليه السلام ، حيث أحياه الله تعـالى بعد موته ، وأنطقه بقدرته بما اختلفوا فيـه ، ولم يـكن الله لينطقه بالـكذب بخلاف الحى ، ولا سبيل إلى مثل هذا اليوم ، ثم ذاك فى تنزيه المتهمين ، فلا يجوز تعديتها إلى تهمة البريئين .

٧٠٣٩ مســـألة

قال : ﴿ والنساء والصبيان لايقسمون ﴾ .

يعنى إذا كان المستحق نساء وصبياناً لم يقسموا ، أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم [فى] أنهم لايقسمون ، سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم ، لأن الأيمـان حجة للحـالف ، والصبى لايثبت بقوله حجة ، ولو أقر على نفسه لم يقبل ، فلألا يقبل قوله فى حق غيره أولى ، وأما النسـاء فإذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن ، وبهذا قال ربيعة ، والثورى ، والليث ، والأوزاعى . وقال مالك : لهن مدخل فى قسامة الخطأ دون العمد . قال ابن القاسم : ولا يقسم فى العمد إلا اثنـان فصاعداً ، كما أنه لايقتـل إلا بشاهدين . وقال الشافعى : يقسم كل وارث بالغ ، لأنهـا يمين فى دعوى ، فتشرع فى حق النسـاء كسائر الأيمـان .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون رجـلا منـكم وتستحقون دم صاحبـكم » ، ولأنها حجة يثبت بها قتل العمد ، فلا تسمع من النسـاء كالشهادة ، ولأن الجنـاية المدعاة التى تجب القسـامة عليها هى القتل ، ولا مدخل للنساء فى إثباته ، وإنما يثبت المال ضمناً ، فجرى ذلك مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثهـا ، فإن ذلك لايثبت بشاهد ويمين ، ولا بشهادة رجـل وامرأتين ، وإن كان مقصودها المال ، فأما إن كانت المرأة مدعى عليها القتل ، فإن قلنـا : إنه يقسم من العصبة رجال لم تقسم المرأة أيضاً ، لأن ذلك مختص بالرجال . وإن قلنا : يقسم المدعى عليه فينبغى أن تستحلف ، لأنها لاتثبت بقولها حقاً ولا قتلا ، وإنما هى لتبرئتها منه ، فتشرع فى حقها اليمين ، كما لو لم يـكن لوث .

فعلى هذا إذا كان فى الأولياء نساء ورجال أقسم الرجال وسقط حكم النساء ، وإن كان فيهم صبيان ورجال بالغون أو كان فيهم حاضرون وغائبون ، فقد ذكرنا من قبل أن القسامة لاتثبت حتى يحضر الغائب ، فـكذا لاتثبت حتى يبلغ الصبى ، لأن الحق لا يثبت إلا ببينته الـكاملة ، والبينة أيمان الأولياء كلهم والأيمان لاتدخلها النيابة ، ولأن الحق إن كان قصاصـاً فلا يمـكن تبعيضه ، فلا فائدة فى قسـامة الحاضر البالغ ، وإن كان غيره فلا تثبت إلا بواسطة ثبوت القتل ، وهو لا يتبعض أيضاً . وقال القاضى : إن كان القتل عمداً لم يقسم الـكبير حتى يبلغ الصغير ، ولا الحاضر حتى يقدم الغائب ، لأن حلف الـكبير

الحاضر لايفيد شيئاً فى الحال ، وإن كان موجباً المال كالخطأ وعمد الخطأ ، فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية ، وهذا قول أبى بكر ، وابن حامد ، ومذهب الشافعى .

واختلفوا فى كم يقسم الحاضر ؟ فقال ابن حامد : يقسم بقسطه من الأيمان فإن كان الأولياء اثنين أقسم الحاضر خمساً وعشرين يميناً ، وإن كانوا ثلاثة أقسم سبع عشرة يميناً ، وإن كانوا أربعة أقسم ثلاثة عشر يميناً ، وكلما قدر غائب أقسم بقدر ماعليه واستوفى حقه ، لأنه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه ، وكذلك إذا غاب بعضهم كما فى سائر الحقوق ، ولأنه لايستحق أكثر من قسطه من الدية ، فلا يلزمه أكثر من قسطه من الأيمان . وقال أبو بكر : يحلف الأول خمسين يميناً ، وهذا قول الشافعى ولأن الحكم لايثبت إلا بالبينة الكاملة ، والبينة هى الأيمان كلها ، ولذلك لو ادعى أحدهما ديناً لأبيهما لم يستحق نصيبه منه إلا بالبينة المثبتة لجميعه ، ولأن الخمسين فى القسامة كاليمين الواحدة فى سائر الحقوق .

ولو ادعى ما لا له فيه شركة له به شاهد لحلف يميناً كاملة ، كذلك هذا . فإذا قدم الثانى أقسم خمساً وعشرين يميناً وجهاً واحداً عند أبى بكر ، لأنه يبنى على أيمان أخيه المتقدمة . وقال الشافعى : فيه قول آخر ، أنه يقسم خمسين يميناً أيضاً ، لأن أخاه إنما استحق بخمسين ، فكذلك هو ، فإذا قدم ثالث وبلغ فعلى قول أبى بكر يقسم سبع عشرة يميناً ، لأنه يبنى على أيمان أخويه ، وعلى قول الشافعى فيه قولان . أحدهما : أنه يقسم سبع عشرة يميناً . والثانى : خمسين يميناً وإن قدم رابع كان على هذا المثال والله أعلم .

٧٠٤٠ فصـــل

والخنثى المشكل يحتمل أن يقسم ، لأن سبب القسامة وجد فى حقه وهو كونه مستحقاً للدم ، ولم يتحقق المانع من يمينه ، ويحتمل ألا قسامة عليه ، لأنه لا يعقل من العقل ، ولا يثبت القتل بشهادته أشبه المرأة .

٧٠٤١ مســـألة

قال : ﴿ وإذا خلف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم ، لحلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً ﴾ .

واختلفت الرواية عن أحمد فيمن تجب عليه أيمان القسامة .

فروى أنه يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلا ، كل واحد منهم يميناً واحدة ،

وهذا قول لمالك . فعلى هذا يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه ، فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة، يؤخذ الأقرب منهم فالأقرب من قبيلته التى ينتسب إليها ، ويعرف كيفية نسبه من المقتول . فأما من عرف أنه من القبيلة ولم يعرف وجه النسب لم يقسم[1] ، مثل أن يكون الرجل قرشياً ، والمقتول قرشى ، ولا يعرف كيفية نسبه منه ، فلا يقسم ، لأننا نعلم أن الناس كلهم من آدم و نوح ، و كلهم يرجعون إلى أب واحد ، ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس ، فإن لم يوجد من نسبه خمسون رددت الأيمان عليهم ، وقسمت بينهم ، فإن انكسرت عليهم جبر كسرها عليهم ، حتى تبلغ خمسين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم للأنصار : «يحلف خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم» ، وقد علم النبى صلى الله عليه وسلم أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلا وارثاً فإنه لا يرثه إلا أخوه أو من هو فى درجته ، أو أقرب منه نسباً ، ولأنه خاطب بهذا بنى عمه ، وهم غير وارثين .

والرواية الثانية : لا يقسم إلا الوارث ، وتعرض الأيمان على ورثة المقتول دون غيرهم ، على حسب مواريثهم ، هذا ظاهر قول الخرقى ، واختيار ابن حامد ، وقول الشافعى ، لأنها يمين فى دعوى حق ، فلا تشرع فى حق غير المتداعيين ، كسائر الأيمان ، فعلى هذه الرواية تقسم بين الورثة من الرجال من ذوى الفروض والعصبات على قدر إرثهم ، فإن انقسمت من غير كسر مثل أن يخلف المقتول اثنين أو أخاً وزوجاً حلف كل واحد منهم خمساً وعشرين يميناً ، وإن كانوا ثلاثة بنين وجداً أو أخوين جبر الكسر عليهم فحلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً ، لأن تكميل الخمسين واجب ، ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن بعض ، فوجب تكميل اليمين المنكسرة فى حق كل واحد منهم . وإن خلف أخاً من أب وأخاً من أم فعلى الأخ من الأم سدس الأيمان ، ثم يجبر الكسر فيكون عليه تسع أيمان ، وعلى الأخ من الأب اثنتان وأربعون . وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : يحلف كل واحد من المدعين خمسين يميناً ، سواء تساووا فى الميراث أو اختلفوا فيه ، لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى ، وعن مالك أنه قال : ينظر إلى من عليه أكثر اليمين ، فيجبر عليه ويسقط عن الآخر .

ولنا : على أن الخمسين تقسم بينهم قول النبى صلى الله عليه وسلم للأنصار : « تحلفون خمسين[2] يميناً وتستحقون دم صاحبكم » . وأكثر ماروى عنه فى الأيمان خمسون ، ولو حلف كل واحد خمسين لكانت مائة ومائتين ، وهذا خلاف النص ، ولأنها حجة المدعين ، فلم ترد على ما يشرع فى حق الواحد كالبينة .

---

(١) فى ١٨ : فلا يقسم .

(٢) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ ج ٢ ص ٤٨٥ (ف)

ويفارق اليمين على المدعى عليه ، فإنها ليست حجة للمدعى ، ولأنها لم يمكن قسمتها ، فـكملت فى حق واحد كاليمين المنـكسرة فى القسامة ، فإنها تجبر وتـكمل فى حق كل واحـد ، لـكونها لاتتبعض ، ومالا يتبعض يكمل كالطلاق والعتاق ، وما ذكره مالك لا يصح ، لأنه إسقاط لليمين عمن عليه بعضها ، فلم يجز كالو تساوى الـكسران ، بأن يكون على كل واحد من الاثنين نصفها أو على كل واحد من الثلاثة ثلثها ، وبالقياس على من عليه أكثرها ، ولأن اليمين فى سائر الدعاوى تكمل فى حق كل واحد ، ويستوى من له فى المدعى كثير وقليل ، كذا هاهنا ، ولأنه يفضى إلى أن يتحمل اليمين غير من وجبت عليه عمن وجبت عليه ، فلم يجز ذلك كاليمين الـكاملة وكالجزء الأكثر .

٧٠٤٢ فصـــل

فإن كان فيهم من لاقسامة عليـه بحال ، وهو النساء سقط حكمه ، فإذا كان ابن وبنت حلف الابن الخمسين كلها ، وإن كان أخ وأخت لأم وأخ وأخت لأب قسمت الأيمان بين الأخوين على أحد عشر ، على الأخ من الأم ثلاثة وعلى الآخر ثمانية ، ثم يجبر الـكسر عليهما فيحلف الأخ من الأب سبعاً وثلاثين يميناً ، والأخ من الأم أربع عشرة يميناً .

٧٠٤٣ فصـــل

فإن مات مستحق انتقل إلى وارثه ما عليه من الأيمان ، وكانت الأيمان بينهم على حسب مواريثهم ، ويجبر الـكسر فيها عليهم ، كما ينجبر فى حق ورثة القتيل ، وإن مات بعضهم قسم نصيبه من الأيمان بين ورثته ، فلو كان للقتيل ثلاثة بنين كان على كل واحد سبع عشرة يميناً ، فإن مات بعضهم قبل أن يقسم وخلف ثلاثة بنين قسمت أيمانه بينهم ، فكان على كل واحد منهم ستة أيمان وإن خلف ابنين حلف كل واحد تسعة أيمان وإنما قلنا هذا لأن الوارث يقوم مقام الموروث فى إثبات حججه كما يقوم مقامه فى استحقاق ماله وهذا من حججه ولذلك يملك إقامة البينة والحلف فى الإنـكار ومع الشاهد الواحد فى دعوى المال ، وإن كان موته بعد شروعه فى الأيمان لحلف بعضها فإن ورثته يستأنفون الأيمان ولا يبنون على أيمانه لأن الخمسين جرت مجرى اليمين الواحدة ولأنه لا يجوز أن يستحق أحد بيمين غيره ولا يبطل هذا بما إذا حلف جميع الأيمان ثم مات لأنه يستحق المال إرثاً عنه لا بيمينه ولأنه إذا حلف الوارثان كل واحـد خمساً وعشرين يمينا فإن الدية تستحق بيمينهما لأنهما يشتركان فى الأيمان ويستحق كل واحد بقدر أيمانه ، ولا يستحق بيمين غيره وإن كان اجتماع العدد شرطاً فى استحقاقها .

٧٠٤٤ فصـــل

ولو حلف بعض الأيمان ثم جن ثم أفاق فإنه يتمم ولا يلزمه الاستئناف لأن أيمانه وقعت موقعها

ويفارق الموت لأن الموت يتعذر معه إتمام الأيمان منه وغيره لايبنى على يمينه وههنا يمـكنه أن يتمها إذا أفاق ولا تبطل بالتفريق بدليل أن الحاكم إذا حلفه بعض الأيمان ثم تشاغل عنه لم تبطل ويتمها ومالا يبطله التفريق لايبطله تخالل الجنون له كالسعى بين الصفا والمروة ، وإن حلف بعض الأيمان ثم عزل الحاكم وولى غيره أتمها عند الثانى ولم يلزمه استئنافها لأن الأيمان وقعت موقعها وكذلك لوحلف بعضها ثم سأل الحاكم إنظاره فأنظره بنى على مامضى ولم يلزمه الاستئناف لما ذكرنا .

٧٠٤٥ فصـــــل

إذا ردت الأيمان على المدعى عليهم وكان عمداً لم تجز على أكثر من واحد فيحلف خمسين يميناً ، وإن كانت عن غير عمد كالخطأ وشبه العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لاقسامة فى هـذا ، لأن القسامة من شرطها اللوث ، والعداوة إنما أثرها فى تعمد القتل ، لافى خطئه ، فإن احتمال الخطأ فى العمد وغيره سواء ، وقال غيره من أصحابنا : فيه قسامة ، وهو قول الشافعى ، لأن اللوث لايختص العداوة عندهم ، فعلى هذا تجوز الدعوى على جماعة . فإذا ادعى على جماعة لزم كل واحد منهم خمسون يميناً .

وقال بعض أصحابنا : تقسم الأيمان بينهم بالحصص كقسمها بين المدعين ، إلا أنها ههنا تقسم بالسوية، لأن المدعى عليهم متساوون فيها ، فهم كبنى الميت . وللشافعى قولان كالوجهين والحجة لهذا القول : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « تبرئـكم[1] يهود بخمسين يميناً » ، وفى لفظ قال : « فيحلفون لـكم خمسين يميناً ويبرأون من دمه » . ولأنهم أحد المتداعيين فى القسامة ، فتسقط الأيمان على عددهم كالمدعين . وقال مالك : يحلف من المدعى عليهم خمسون رجلا خمسين يميناً ، فإن لم يبلغوا خمسين رجـلا رددت على من حلف منهم ، حتى تـكمل خمسين يميناً . فإن لم يوجد أحد يحلف إلا الذى ادعى عليه حلف وحده خمسين يميناً ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « فتبرئـكم يهود بخمسين يميناً » .

ولنا : أن هذه أيمان يبرىء بها كل واحـد نفسه من القتل ، فـكان على كل واحـد خمسون ، كما لو ادعى على كل واحد وحده قتيل ، ولأنه لايبرىء المدعى عليه حال الاشتراك إلا مايبرئه حال الانفراد ، ولأن كل واحد منهم يحلف على غير ماحلف عليه صاحبه بخلاف المدعين ، فإن أيمانهم على شىء واحد ، فلا يلزم من تلفيقها تلفيق مايختلف مدلوله أو مقصوده .

٧٠٤٦ مســـألة

قال : ﴿ وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً ، حراً أو عبداً ، إذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه إذا ثبت عليه القتل ، لأن القسامة توجب القود ، إلا أن يحب الأولياء أخذ الدية ﴾ .

---

(١) أخرجها مسلم ج ٣ ص ١٢٩٢ (ف)

أما إذا كان المقتول مسلماً حراً فليس فيه اختلاف ، سواء كان المدعى عليه مسلماً أو كافراً ، فإن الأصل فى القسامة قصة عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر ، فاتهم اليهود بقتله ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالقسامة .

وأما إن كان المقتول كافراً أو عبداً وكان قاتله ممن يجب عليه القصـاص بقتله ، وهو المماثل له فى حاله ، ففيه القسامة ، وهذا قول الشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الزهرى ، والثورى ، ومالك ، والأوزاعى لاقسامة فى العبد ، فإنه مال ، فلم تجب القسامة فيه كقتل البهيمة .

ولنـا : أنه قتل موجب للقصاص ، فأوجب القسامة كقتل الحر . وفارق البهيمة ، فإنها لاقصاص فيها ، ويقسم على العبد سيده ، لأنه المستحق لدمه ، وأم الولد والمـدبر والمـكاتب والمعلق عتقه بصفة كالقن ، لأن الرق ثابت فيهم ، وإن كان القاتل ممن لاقصاص عليه كالمسلم يقتل كافراً ، والحر يقتل عبداً ، فلا قسامة فيه فى ظاهر قول الخرقى ، وهو قول مالك ، لأن القسامة إنما تـكون فيما يوجب القود ، وقال القاضى : فيهما القسامة ، وهو قول الشافعى ، وأصحاب الرأى لأنه قتل آدمى يوجب الـكفارة ، فشرعت القسامة فيه ، كقتل الحر المسلم ، ولأن ما كان حجة فى قتل الحر المسلم كان حجة فى قتـل العبد الـكافر كالبينة .

ولنا : أنه قتل لايوجب القصاص ، فأشبه قتل البهيمة ، ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه ، بدليل أن العبد إذا اتهم بقتل سيده شرعت القسامة إذا كان القتل موجباً للقصاص . ذكره القاضى ، لأنه لا يجوز قتله قبل ذلك ، ولو لم يـكن موجباً للقصاص لم تشرع القسامة .

٧٠٤٧ فصـــــل

وإن قتل عبد المـكاتب فللمـكاتب أن يقسم على الجانى ، لأنه مالك للعبد يملك التصرف فيه وفى بدله ، وليس لسيده انتزاعه منه ، وله شراؤه منه ، ولو اشترى المأذون له فى التجارة عبداً فقتل فالقسامة لسيده دونه ، لأن مايبتاعه المأذون يملـكه سيده دونه ، ولهذا يملك انتزاعه منه ، وإن عجز المـكاتب قبل أن يقسم فلسيده أن يقسم ، لأنه صار المستحق لبدل المقتول بمنزلة ورثة الحر إذا مات قبل أن يقسم ، ولو ملك السيد عبده ، أو أم ولده عبداً ، فقتل ، فالقسامة للسيد . سواء قلنا : يملك العبد بالتمليك أو لا يملك ، لأنه إن لم يملك فالملك لسيده ، وإن ملك فهو ملك غير ثابت ، ولهذا يملك سيده انتزاعه منه ، ولا يجوز له التصرف بغير إذن سيده ، بخلاف المـكاتب ، وإن أوصى لأم ولده ببدل العبد صحت الوصية ، وإن كان لم يجب بعد ، كما تصح الوصية بثمرة لم تخلق ، والقسامة للورثة ؛ لأنهم القائمون مقـام

الموصى فى إثبات حقوقه ، فإذا حلفوا ثبت لها البدل بالوصية ، وإن لم يحلفوا لم يـكن لها أن تحلف ، كما إذا امتنع الورثة من اليمين مع الشاهد لم يـكن للغرماء أن يحلفوا معه .

٧٠٤٨ فصـــــل

والمحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليه فى دعوى القتل والدعوى عليه ، إلا أنه إذا أقر بمال أو لزمته الدية بالنـكول عن اليمين لم يلزمه فى حال حجره ، لأن إقراره بالمـال فى الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شيء من ماله فى الحال على ماعرف فى موضعه .

٧٠٤٩ فصـــــل

ولو جرح مسلم فارتد ومات على الردة فلا قسامة فيه ، لأن نفسه غير مضمونة ، وإنما يضمن الجرح ، ولا قسامة فيا دون النفس ، ولأن ماله يصير فيئاً ، والفيء ليس له مستحق معين فتثبت القسامة له . وإن مات مسلماً فارتد وارثه قبل القسامة فقال أبو بـكر : ليس له أن يقسم ، وإن أقسم لم يصح ، لأن ملـكه يزول عن ماله وحقوقه ، فلا يبقى مستحقاً للقسامة . وهذا قول المزنى ، ولأن المرتد قد أقدم على الشرك الذى لاذنب أعظم منه ، فلا يستحق بيمينه دم مسلم ، ولا يثبت بها قتل . وقال القاضى : الأولى أن تعرض عليه القسامة ، فإن أقسم وجبت الدية ، وهذا قول الشافعى ، لأن استحقاق المال بالقسامة حق عليه ، فلا يبطل بردته كاكتساب المال بوجوه الاكتساب ، وكفره لا يمنع يمينه ، فإن الـكافر تصح يمينه ، وتعرض عليه فى الدعاوى ، فإن حلف ثبت القصاص أو الدية ، فإن عاد إلى الإسلام كان له ، وإن مات كان فيئاً ، والصحيح إن شاء الله ما قال أبو بـكر ، لأن مال المرتد إما أن يـكون ملـكه قد زال عنه وإما موقوف ، وحقوق المال حكمها حكمه ، فإن قلنا بزوال ملـكه فلا حق له ، وإن قلنا هو موقوف فهو قبل انـكشاف حاله مشكوك فيه ، فلا يثبت الحـكم بشيء مشكوك فيه ، فـكيف وقتل المسلم أمر كبير لا يثبت مع الشبهات ، ولا يستوفى مع الشك ؟ وأما إن ارتد قبل موت موروثه لم يـكن[1] وارثاً ، ولا حق له ، وتـكون القسامة لغيره من الوراث[2] ، وإن لم يـكن الميت وارث سواه فلا قسامة فيه لما ذكرنا وإن عاد إلى الإسلام قبل قسامة غيره فقياس المذهب أنه يدخل فى القسامة ، لأنه متى رجع قبل قسم الميراث قسم له ، وقال القاضى : لا تعود القسامة إليه ، لأنها استحقت على غيره ، وإن ارتد رجل فقتل عبده أو قتل ثم ارتد فهل له أن يقسم ؟ على وجهين بناء على الاختلاف المتقدم فإن عاد إلى الإسلام عادت القسامة ، لأنه يستحق بدل العبد .

(١) فى ١٨ : فلم يـكن .
(٢) فى ٣٩ : من الورثة .

٧٠٥٠ فصـــل

ولا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجوارح ، ولا أعلم بين أهل العلم فى هـذا خلافاً ، وممن قال لاقسامة فى ذلك : مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وذلك لأن القسامة تثبت فى النفس لحرمتها ، فاختصت بها دون الأطراف كالكفارة ، ولأنها تثبت حيث كان المجنى عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه ، وتعيين قاتله ، ومن قطع طرفه يمكنه ذلك ، وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى فى سائر الحقوق ، والبينة على المدعى واليمين على من أنكر يميناً واحدة ، ولأنها دعوى لاقسامة فيها ، فلا تغلظ بالعدد كالدعوى فى المال .

٧٠٥١ مســـألة

قال : ﴿ وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد ﴾ .

لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد ، وبهذا قال الزهرى ، ومالك ، وبعض أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم : يستحق بها قتل الجماعة ، لأنها بينة موجبة للقود ، فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة ، وهذا نحو قول أبى ثور .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » نخص بها الواحد ، ولأنها بينة ضعيفة خولف بها الأصل فى قتل الواحد ، فيقتصر عليه ، ويبقى على الأصل فيما عداه . وبيان مخالفة الأصل بها أنها تثبت باللوث ، واللوث شبهة مغلبة على الظن صدق المدعى ، والقود يسقط بالشبهات ، فكيف يثبت بها ؟ ولأن الأيمان فى سائر الدعاوى تثبت ابتداء فى جانب المدعى عليه ، وهذا بخلافه . وبيان ضعفها أنها تثبت بقول المدعى ويمينه مع التهمة فى حقه والشك فى صدقه ، وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه فى إثبات حق لغيره ، فلأن يمنع من قبول قوله وحده فى إثبات حقه لنفسه أولى وأحرى .

وفارق البينة ، فإنها قويت بالعدد وعدالة الشهود وانتفاء التهمة فى حقهم من الجهتين فى كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً ولا نفعاً ، ولا يدفعون عنها ضراً ، ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ، ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التى تنتفى بالشبهات .

إذا ثبت هذا فلا قسامة فيما لاقود فيه فى قول الخرقى ، فيطّرد قوله فى أن القسامة لاتشرع إلا فى حق واحد ، وعند غيره أن القسامة تجرى فيما لاقود فيـه ، فيجوز أن يقسموا فى هـذا على جماعة وهذا قول مالك ، والشافعى ، فعلى هذا إن ادعى على اثنين على أحدهما لوث حلف على من عليه اللوث خمسين يميناً ،

واستحق نصف الدية عليه ، وحلف الآخر يميناً واحدة وبرىء ، وإن نـكل عن اليمين فعليه نصف الدية وإن ادعى على ثلاثة عليهم لوث ولم يحضر إلا واحد منهم . حلف على الحاضر منهم خمسين يميناً ، واستحق ثلث الدية ، فإذا حضر الثانى ففيه وجهان :

أحدها : يحلف عليه خمسين يميناً أيضاً ، ويستحق ثلث الدية ، لأن الحق لايثبت على أحد الرجلين إلا بما يثبت على الآخر كالبينة ، فإنه يحتاج إلى إقامة البينة الـكاملة على الثانى كإقامتها على الأول .

والثانى : يحلف عليه خمساً وعشرين يميناً ، لأنهما لو حضرا معاً لحلفا عليه خمسين يميناً ، حصة هذا منها خمس وعشرون ، وهذا الوجه ضعيف ، فإن اليمين لاتقسم عليهم إذا حضروا ، ولو حلف كل واحد منفرداً حصته من الأيمان لم يصح ولم يثبت له حق وإنما الأيمان عليهم جميعاً ، وتتناولهم تناولاً واحداً ، ولأنها لو قسمت عليهم بالحصص لوجب أن لايقسم على الأول أكثر من سبع عشرة يميناً ، وكذلك على الثانى ، لأن هـذا القدر هو حصة من الأيمان ، فعلى كلا التقديرين لا وجه لحلفه خمساً وعشرين يميناً ، وإن قيل : إنما حلف بقدر حصته ، وحصة الثالث ، فينبغى أن يحلف أربعاً وثلاثين ، وإذا قدم الثالث ففيه الوجهان :

أصحهما : يحلف عليه خمسين يميناً ، ويستحق ثلث الدية .

والآخر : يحلف سبع عشرة يميناً ، وإن حضروا جميعاً حلف عليهم خمسين يميناً ، واستحق الدية عليهم أثلاثاً ، وهذا التفريع يدل على اشتراط حضور المدعى عليه وقت الأيمان ، وذلك لأنها أقيمت مقام البينة ، فاشترط حضور من أقيمت عليه كالبينة ، وكذلك إن ردت الأيمان على المدعى عليهم اشترط حضور المدعين وقت حلف المدعى عليهم لأن الأيمان له عليهم فيعتبر رضاه بها وحضوره ، إلا أن يوكل وكيلا فيقوم حضوره مقام موكله .

٧٠٥٢ فصـــــل

وإن قال المدعى : قتله هذا ورجل وآخر لا أعرفه ، وكان على المعين لوث أقسم عليه خمسين يميناً ، واستحق نصف الدية ، فإن تعين له الآخر حلف عليه واستحق نصف الدية ، وإن قال : قتله هـذا ونفر لاأعلم عددهم ، لم تجب القسامة ، لأنه لايعلم كم حصته من الدية .

٧٠٥٣ فصـــــل

ولا تسمع الدعوى إلا محررة ، بأن يقول : أدعى أن هذا قتل وليى فلان ابن فلان عمداً أو خطأ أو شبه العمد ، ويصف القتل ، فإن كان عمداً قال : قصد إليه بسيف ، أو بما يقتل مثله غالباً ، فإن كانت

الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل ، وإن أنـكر وثم بينة حكم بها ، وإلا صار الأمر إلى الأيمان ، وإن كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال :

أحدها : أن يقول : قتله هذا وهـذا تعمد قتله ، ويصف العمد بصفته فيقال له : عين واحداً فإن القسامة الموجبة للقود لاتـكون على أكثر من واحد .

الحال الثانى : أن يقول : تعمد هذا وهذا كان خاطئاً ، فهو يدعى قتلا غير موجب للقود ، فيقسم عليهما ، ويأخذ نصف الدية من مال العامد ، ونصفها من عاقلة المخطىء .

الحال الثالث : أن يقول : عمد هـذا ولا أدرى أكان قتل الثانى عمداً أو خطأ ؟ فقيل : لاتسوغ القسامة ههنا ، لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئاً ، فيـكون موجبها الدية عليهما ، ويحتمل أن يكون عامداً فلا تسوغ القسامة عليهما ، ويجب تعيين واحد والقسامة عليه ، فيـكون موجبها القود ، فلم تجز القسامة مع هذا ، فإن عاد فقال : علمت أن الآخر كان عامداً فله أن يعين واحداً ويقسم عليه ، وإن قال : كان مخطئاً ثبتت القسامةحينئذ ، ويسأل ، فإن أنـكر ثبتت القسامة ، وإن أقر ثبت عليه القتل ، ويكون عليه نصف الدية فى ماله ، لأنه ثبت بإقراره لابالقسامة وقال القاضى : يكون على عاقلته ، والأول أصح لأن العاقلة لاتحمل اعترافاً .

الحال الرابع : أن يقول : قتلاه خطأ أو شبه عمد ، أو أحدهما خاطىء والآخر شبه العمد ، فله أن يقسم عليهما ، فإن ادعى أنه قتل وليه عمداً فسئل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره ، وأقسم على مافسره به ، لأنه أخطأ فى وصف القتل بالعمدية ، ونقل المزنى عن الشافعى : لايحلف عليه ، لأنه بدعوى العمد برأ العاقلة ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك بما يوجب عليهم المال .

ولنا : أن دعواه قد تحررت ، وإنما غلط فى تسمية شبه العمد عمداً ، وهذا مما يشتبه فلا يؤاخذ به ، ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل لم يعتد باليمين ، لأن الدعوى لاتسمع غير محررة ، فـكأنه حلفه قبل الدعوى ، ولأنه إنما يحلفه ليوجب له مايستحقه ، فإذا لم يعلم مايستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح .

٧٠٥٤ فصـــــل

قال القاضى : يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله ، وإن كانوا غائبين عن مكان القتل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للأنصار : « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » ، وكانوا بالمدينة ، والقتل بخيبر ، ولأن الإنسان يحلف على غالب ظنه ، كما أن من اشترى من إنسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لايستحقه ، لأن الظاهر أنه ملك الذى باعه ، وكذلك إذا وجد شيئاً

بخطه أو خط أبيه ودفتره جاز له أن يحلف ، وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشترى أنه معيب ، وأراد رده ، كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ، ولا ينبغى أن يحلف المدعى إلا بعد الاستثبات ، وغلبة ظن يقارب اليقين ، وينبغى للحاكم أن يقول لهم : اتقوا الله واستثبتوا ، ويعظهم ويحذرهم ، ويقرأ عليهم : (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً)[1] ، ويعرفهم ما فى اليمين الكاذبة ، وظلم البرىء ، وقتل النفس بغير الحق ، ويعرفهم أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وهذا كله مذهب الشافعى .

٧٠٥٥ فصـــل

ويستحب أن يستظهر فى ألفاظ اليمين فى القسامة تأكيداً فيقول : والله الذى لا إله إلا هو ، عالم خائنة الأعين وما تخفى الصدور ، فإن اقتصر على لفظة والله كفى ويقول والله أو بالله أو تالله بالجر ، كما تقتضيه العربية ، فإن قاله مضموماً أو منصوباً فقد لحن ، قال القاضى : ويجزئه تعمده أو لم يتعمده ، لأنه لحن ، لا يحيل المعنى ، وهو قول الشافعى . وما زاد على هذا تأكيد ، ويقول لقد قتل فلان ابن فلان الفلانى — ويشير إليه — فلاناً ابنى أو أخى منفرداً بقتله ما شركه غيره . وإن كانا اثنين قال : منفردين ماشركهما غيرهما . ثم يقول : عمداً أو خطأ . وبأى اسم من أسماء الله أو صفة من صفات ذاته حلف أجزأ إذا كان إطلاقه ينصرف إلى الله تعالى . ويقول المدعى عليه فى اليمين : والله ماقتلته ، ولا شاركت فى قتله ، ولا أحدثت شيئاً مات منه ، ولا كان[2] سبباً فى موته ولا معيناً على موته .

٧٠٥٦ مســـألة

قال : ﴿ ومن قتل نفساً محرمة أو شارك فيها ، أو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ، وكان الفعل خطأ ، فعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن على قاتل العمد تحرير رقبة مؤمنة ﴾ .

الأصل فى كفارة القتل قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)[3] الآية ، وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ كفارة ، سواء كان المقتول ذكراً أو أنثى ، وتجب فى قتل الصغير والكبير ، سواء باشره بالقتل أو تسبب إلى قتله بسبب يضمن به النفس ، كحفر البئر ونصب

---

(١) سورة آل عمران آية ٧٧ .
(٢) فى ٣٩ : ولا كنت .
(٣) سورة النساء آية ٩٢ .

السكين ، وشهادة الزور ، وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجب بالتسبب ، لأنه ليس بقتل ، ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة للقتل ، فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة .

ولنا : أنه كالمباشرة في الضمان ، فكان كالمباشرة في الكفارة . ولأنه سبب لإتلاف الآدمي يتعلق به ضمانه ، فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكباً فأوطأ دابته إنساناً . وقياسهم ينتقض بالأب إذا أكره إنساناً على قتل ابنه . فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة ، وفارق العاقلة فإنها تتحمل عن غيرها . ولم يصدر منها قتل ولا تسبب إليه .

وقولهم : ليس بقتل ممنوع قال القاضي : ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا أخطأنا أو تعمدنا . وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ، ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد ، لأنه إن قصد به القتل فهو جار مجرى الخطأ في أنه لا يجب به القصاص .

٧٠٥٧ فصل

وتجب الكفارة بقتل العبد . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : لا تجب به ، لأنه مضمون بالقيمة ، أشبه البهيمة . ولنا عموم قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مؤمناً خَطأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمِنَة) لأنه يجب القصاص بقتله ، فتجب الكفارة به[1] كالحر ولأنه مؤمن فأشبه الحر ويفارق البهائم بذلك .

٧٠٥٨ فصل

وتجب بقتل الكافر المضمون سواء كان ذمياً أو مستأمناً ، وبهذا قال أكثر أهل العلم . وقال الحسن ، ومالك : لا كفارة فيه لقوله تعالى : (ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة) فمفهومه ألا كفارة في غير المؤمن .

ولنا : قوله تعالى : (وَإِنْ كانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)[2] والذمي له ميثاق ، وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب ، ولأنه آدمي مقتول ظلماً ، فوجبت الكفارة بقتله كالمسلم .

٧٠٥٩ فصل

وإذا قتل الصبي والمجنون وجبت الكفارة في أموالها . وكذلك الكافر . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهم ، لأنها عبادة محضة تجب بالشرع ، فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر كالصلاة والصيام .

---

(١) في ١٨ : فيه .

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

ولنا : أنه حق مالى يتعلق بالقتل ، فتعلقت بهم كالدية ، وتفارق الصوم والصلاة لأنهما عبادتان بدنيتان ، وهذه مالية ، أشبهت نفقات الأقارب . وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبى والمجنون ، لأنها تتعلق بالقول ، ولا قول لهما ، وهذه تتعلق بالفعل ، وفعلهما متحقق قد أوجب الضمان عليهما ، ويتعلق بالفعل مالا يتعلق بالقول بدليل أن العتق يتعلق بأحبالها دون إعتاقهما بقولهما ، وأما الـكافر فتجب عليه وتـكون عقوبة عليه كالحدود .

٧٠٦٠ فصــــل

ومن قتل فى دار الحرب مسلماً يعتقده كافراً أو رمى إلى صف الـكفار فأصاب فيهم مسلماً فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى : (فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَـكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)(١) .

٧٠٦١ فصــــل

ومفهوم كلام الخرقى : أن كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربى والباغى والزانى المحصن ، والقتل قصاصاً أو حداً ، لأنه قتل مأمور به . والـكفارة لا تجب لمحو المأمور به . وأما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحة ، لأنه كفعل المجنون والبهيمة ، لـكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة محترمة . فلذلك وجبت الـكفارة فيها . وقال قوم الخطأ محرم ، ولا إثم فيه . وقيل : ليس بمحرم ، لأن المحرم ما أثم فاعله وهذا لا إثم فيه . وقوله تعالى : (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يقتلَ مؤمناً إِلاَّ خَطَأً)(٢) هذا استثناء منقطع ، و « إلا » فى موضع « لـكن » التقدير لـكن قد يقتله خطأ ، وقيل « إلا » بمعنى «ولا» أى ولا خطأ وهذا يبعد لأن الخطأ لا يتوجه إليه النهى لعدم إمكان التحريم منه . وكونه لا يدخل تحت الوسع ، ولأنها لو كانت بمعنى «ولا» كانت عاطفة للخطأ على ما قبله ، وليس قبله ما يصلح عطفه عليه .

وأما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه . لأنه ليس لهم إيمان ولا أمان ، وإنما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم ، لـكونهم يصيرون بالسبى رقيقاً ينتفع بهم ، وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ، ولذلك لم يضمنوا بشىء ، فأشبهوا من قتله مباح .

٧٠٦٢ فصــــل

ومن قتل نفسه خطأ وجبت الـكفارة فى ماله ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تجب ، لأن ضمان نفسه لا يجب ، فلم تجب الـكفارة كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم .

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

ولنا : عموم قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)[1] ولأنه آدمى مؤمن مقتول خطأ ، فوجبت الكفارة على قاتله ، كالو قتله غيره ، والأول أقرب إلى الصواب إن شاء الله ، فإن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ، ولم يأمر النبى صلى الله عليه وسلم فيه بكفارة ، وقوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً)[2] إنما أريد بها إذا قتل غيره بدليل قوله : (وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)[3] ، وقاتل نفسه لاتجب فيه دية ، بدليل قتل عامر بن الأكوع .

٧٠٦٣ فصـــل

ومن شارك فى قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ، ويلزم كل واحد من شركائه كفارة . وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعكرمة، والنخعى ، والحارث العكلى ، والثورى ، ومالك ، والشافعى وأصحاب الرأى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أن على الجميع كفارة واحدة ، وهو قول أبى ثور . وحكى عن الأوزاعى ، وحكاه أبو على الطبرى ، عن الشافعى ، وأنكره سائر أصحابه ، واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى : (ومن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)[4] ، و « من » يتناول الواحد والجماعة ، ولم يوجب إلا كفارة واحدة ودية ، والدية لاتتعدد فكذلك الكفارة ولأنها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين مع اتحاد المقتول ككفارة الصيد الحرمى .

ولنا : أنها لاتتبعض وهى من موجب قتل الآدمى فكملت فى حق كل واحد من المشتركين كالقصاص . وتخالف كفارة الصيد ، فإنها تجب بدلا ، ولهذا تجب فى أبعاضه وكذلك الدية .

٧٠٦٤ فصـــل

إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فعليه الكفارة . وبه قال الحسن ، وعطاء ، والزهرى ، والنخعى ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة لاتجب . وقد مضت هذه المسألة فى دية الجنين .

٧٠٦٥ فصـــل

والمشهور فى المذهب : أنه لا كفارة فى قتل العمد ، وبه قال الثورى ، ومالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رواية أخرى : تجب فيه الكفارة ، وحكى ذلك عن الزهرى . وهو قول الشافعى ، لما روى واثلة بن الأسقع قال : « أتينا النبى صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا . قد

---

(١) سورة النساء آية ٩٢
(٢) سورة النساء آية ٩٢ .
(٣) سورة النساء آية ٩٢
(٤) سورة النساء آية ٩٢ .

أوجب[1] بالقتل . فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضواً منه من النار » ولأنها إذا وجبت فى قتل الخطأ فنى العمد أولى . لأنه أعظم إثماً وأكبر جرماً ، وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم.

ولنا : مفهوم قوله تعالى : (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة)[2] ثم ذكر قتل العمد ، ولم يوجب فيه كفارة ، وجعل جزاءه جهنم ، فمفهومه أنه لا كفارة فيه وروى « أن سويد بن الصامت قتل رجلا فأوجب النبى صلى الله عليه وسلم عليه القود ، ولم يوجب كفارة ، وعمرو بن أمية الضمرى قتل رجلين فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم فوداهما النبى صلى الله عليه وسلم[3] ، ولم يوجب كفارة » ، ولأنه فعل يوجب القتل ، فلا يوجب كفارة كزنا المحصن ، وحديث واثلة . يحتمل أنه كان خطأ ، وسماه موجباً أى فوت النفس بالقتل ، ويحتمل أنه كان شبه عمد ، ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعاً ، ولذلك أمر غير القاتل بالإعتاق ، وما ذكروه من المعنى لا يصح لأنها وجبت فى الخطأ فتمحو إثمه ، لكونه لا يخلو من تفريط ، فلا يلزم من ذلك إيجابها فى موضع عظم الإثم فيه ، بحيث لا يرتفع بها .

إذا ثبت هذا . فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه ، كقتل الوالد ولده ، والسيد عبده ، والحر العبد ، والمسلم الكافر ، لأن هذا من أنواع العمد .

٧٠٦٦ فصل

وتجب الكفارة فى شبه العمد . ولم أعلم لأصحابنا فيه قولا ، لكن مقتضى الدليل ماذكرناه ، ولأنه أجرى مجرى الخطأ فى نفى القصاص ، وحمل العاقلة ديته ، وتأجيلها فى ثلاث سنين ، فجرى مجراه فى وجوب الكفارة . ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة تحمل من الدية ، لئلا يخلو القاتل عن وجوب شىء أصلا ، ولم يرد الشرع بهذا .

---

(١) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٩٦ (قد أوجب - يعنى النار - بالقتل) ولفظ الحديث (أعتقوا عنه يعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار) والحديث أخرجه أيضاً أحمد والنسائى وابن حبان والحاكم .

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

(٣) عمرو بن أمية الضمرى أسلم حين انصرف المشركون من أحد وأول مشهد شهده (بئر معونة) فأسرته بنو عامر يومئذ فقال له عامر بن الطفيل إنه كان على أمى نسمة فاذهب فأنت حر عنها وجز ناصيته فخرج عمرو فلقيه فى الطريق رجلان من بنى عامر كان معهما عقد وجوار من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يكن علم بذلك عمرو فسألهما فقال : ممن أنتما ؟ فقالا : من بنى عامر ، فأمهلهما حتى ناما فقتلهما أخذا بثأر شهداء (بئر معونة) فلما علم النبى صلى الله عليه وسلم قال : قتلت رجلين لهما منى عهد لأدينهما انظر سيرة ابن هشام (بئر معونة) ج ٢ ص ١٨٦ ونصب الراية ج ٤ ص ٣٢٧ (ف)

٧٠٦٧ فصـــل

وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص الـكتاب ، سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو كافراً ، فإن لم يجدها فى ملـكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها فاضلا عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وهذا ثابت بالنص أيضاً ، فإن لم يستطع ففيه روايتان :

إحداهما يثبت الصيام فى ذمته ، ولا يجب شىء آخر . لأن الله تعالى لم يذكره ولو وجب لذكره . والثانى : يجب إطعام ستين مسكيناً ، لأنها كفارة فيها عتق ، وصيام شهرين متتابعين ، فـكان فيهـا إطعام ستين مسكيناً عند عدمها كـكفارة الظهار والفطر فى رمضان . وإن لم يـكن مذكوراً فى نص القرآن فقد ذكر ذلك فى نظيره ، فيقاس عليه . فعلى هذه الرواية : إن عجز عن الإطعام ثبت فى ذمته حتى يقدر عليه وللشافعى قولان فى هذا كالروايتين والله أعلم .

٧٠٦٨ مســـألة

قال : ﴿ وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه إلا عدلان ﴾ .

وجملته : أن ما أوجب القصاص فى نفس كالقتل العمد العدوان من المـكافىء ، أو فى طرف كقطعه من مفصل عمداً ممن يكافئه ، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين عدلين ، ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، ولا شاهد ويمين الطالب ، لا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافاً وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاط له باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود ، وسواء كان القصاص يجب على مسلم أو كافر ، أو حر أو عبد ، لأن العقوبة يحتاط لدرئها ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه لا يقبل فى الشهادة على القتل إلا شهادة أربعة . وهذا مذهب الحسن ، لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من المحصن .

ولنا : أنه أحد نوعى القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فإنه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلا ، بدليل وجوب الأربعة فى زنا البـكر ، ولا قتل فيه ، ولأنه انفرد بوجوب الحد على الرامى به والشهود إذا لم تـكمل شهادتهم فلم يجز أن يلحق به ماليس مثله .

٧٠٦٩ مســـألة

قال : ﴿ وما أوجب من الجنـايات المـال دون القود قبل فيه رجل وامرأتان أو رجل عدل مع يمين الطالب ﴾ .

وجملته : أن ما كان موجبه المال كقتل الخطأ وشبه العمد والعمد فى حق من لا يـكافئه والجائفة

والمأمومة وما دون الموضحة وشريك الخاطىء وأشباه هذا ، فإنه يقبل فيه شهادة رجل وأمرأتين ، وشهادة عدل ويمين الطالب ، وهذا مذهب الشافعي وقال أبو بكر : لا يثبت أيضاً إلا بشهادة عدلين ، ولا تسمع فيه شهادة النساء ولا شاهد ويمين ، لأنها شهادة على قتل أو جناية على آدمى فلم تسمع من النساء كالقسم الأول ، يبين صحة هذا أنه لما لم يكن للنساء مدخل فى القسامة فى العمد ولم يكن لهن مدخل فى القسامة على الخطأ وشبه العمد الموجب للمال فيدل هذا على أنهن لا مدخل لهن فى الشهادة على دم بحال .

ولنا : أنها شهادة على ما يقصد به المال على الخصوص فوجب أن تقبل كالشهادة على البيع والإجارة، وفارق قتل العمد فإنه موجب للعقوبة التى يحتاط بإسقاطها فاحتيط فى الشهادة على أسبابها ، وفى مسألتنا المقصود تقبل شهادتهن فيه فقبلت شهادتهن على سببه .

٧٠٧٠ فصــــل

ولو ادعى جناية عمد وقال : عفوت عن القصاص فيها لم يقبل فيه شاهد وامرأتان لأنه إنما يعفو عن شىء ثبت له ولا يثبت ذلك القتل بتلك الشهادة ، وإن ثبت القتل إما بشاهدين أو بإقرار المدعى عليه صح العفو ، لأن الحق ثبت له بوجود القتل ، وإنما خفى ثبوته عمن لم يعلم ذلك فإذا علم ذلك علم أنه كان ثابتاً من حين وجد القتل فيكون العفو مصادفاً لحقه الثابت ، فينفذ كما لو أعتق عبداً ينازعه[1] فيه منازع ثم ثبت أنه كان ملكه حين العتق .

٧٠٧١ فصــــل

ولا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال الشبهة فى لفظ الشاهدين نحو أن يقولا : نشهد أنه ضربه فقتله أو فمات منه فإن قالا ضربه بالسيف فمات أو فوجدناه ميتاً أو فمات عقيبه أو قالا ضربه بالسيف فأسال دمه ، أو فأنهر دمه فمات مكانه ، لم يثبت القتل ، لجواز أن يكون مات عقيب الضرب بسبب آخر ، وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل بالقتل ، فقال : أشهد أنه أتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح : فمات منه ؟ فأعاد الرجل قوله الأول ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك ، وإن كانت الشهادة بالجرح فقالا : ضربه فأوضحه ، أو فاتضح منه ، أو فوجدناه موضحاً من الضربة ، قبلت شهادتهما ، وإن قالا : ضربه فاتضح رأسه ، أو وجدناه موضحاً أو فأسال دمه ، ووجدنا فى رأسه موضحة ، لم يثبت الإيضاح ، لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ، ولا بد من تعيين الموضحة فى إيجاب القصاص ، لأنه إن كان فى رأسه موضحتان فيحتاجان إلى بيان ما شهدا به منهما ، وإن كانت واحدة فيحتمل أن يكون

(١) فى ١٨ : نازع .

قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان هذه وإن قالا أوضحه فى موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما ، وإن قالا لانعلم قدرها أو موضعها لم يحكم بالقصاص لأنه يتعذر مع الجهالة وتجب الدية لأنها . لاتختلف باختلافها ، وإن قالا ضرب رأسه فأسال دمه كانت بازلة ، وإن قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وإن قالا نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوعة لم يثبت القصاص لأنهما لم يعينا اليد التى يجب القصاص منها وتجب دية اليدين لأنها لاتختلف باختلاف اليدين .

٧٠٧٢ فصـــل

إذا شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً وشهد الآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لأن البينة قد تمت عليه ولم تثبت صفته لعدم تمامها عليه ويسأل المشهود عليه عن صفته فإن أنكر أصل القتل لم يقبل إنكاره لقيام البينة به وإن أقر بقتل العمد ثبت باقراره وإن أقر بقتل الخطأ وأنكر الولى فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان وإن صدقه الولى على الخطأ ثبت عليه ، وإن أقر بقتل العمد وكذبه الولى وقال بل كان خطأ لم يجب القود لأن الولى لايدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحمل العاقلة شيئاً من ديته فى هذه المواضع كلها وتكون فى ماله لأنها لم تثبت ببينة وفى بعضها القاتل مقر بأنها فى ماله دون مال عاقلته .

وإن قال أحد الشاهدين : أشهد أنه أقر بقتله عمداً ، وقال الآخر : أشهد أنه أقر بقتله خطأ ، ثبت القتل أيضاً ، لأنه لاتنافى بين شهادتيهما ، لأنه يجوز أن يقر عند أحدهما بقتل العمد ، ويقر عند الآخر بقتل الخطأ ، فثبت إقراره بالقتل دون صفته ، ويطالب ببيان صفته على ماذكرنا فى التى قبلها ، وإن شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل أيضاً ، دون صفته ويطالب ببيان صفته على ماذكرنا لأن الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمداً ، ويكون الحكم كما لو شهد على إقراره بذلك . وإن شهد أحدهما أنه قتله غدوة ، وقال الآخر عشية ، وقال أحدهما قتله بسيف ، وقال الآخر بعصا ، لم تتم الشهادة ، ذكره القاضى ، لأن كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه ، وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو بكر : يثبت القتل بذلك ، لأنهما اتفقا على القتل ، واختلفا فى صفته ، فأشبه التى قبلها .

والأول أصح ، لأن كل واحد من الشاهدين يكذب صاحبه ، فإن القتل غدوة غير القتل عشية ، ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل [عشية] ولا أن يقتل بسيف ثم يقتل بعصا ، بخلاف العمد والخطأ

لأن الفعل واحد ، والخلاف فى نيته وقصده ، وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر ، وإن شهد أحدهما أنه قتله ، وشهد الآخر أنه أقر بقتله ، ثبت القتل ، نص عليه أحمد ، واختاره أبو بكر ، واختار القاضى أنه لايثبت ، وهو مذهب الشافعى ، لأن أحدهما شهد بغير ماشهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد .

ولنا : أن الذى أقر به هو القتل الذى شهد به الشاهد فلا تنافى بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالقتل عمداً والآخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه أقر بألف له .

٧٠٧٣ فصــــل

إذا قتل رجل عمداً قتلا يوجب القصاص سواء كان الشاهد عدلا أو فاسقاً لأن شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول فى ذلك فإن أحد الوليين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ويشبه هذا مالو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما أن شريكه أعتق نصيبه وهو موسر عتق نصيبه وإن أنكره الآخر فإن كان الشاهد بالعفو شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لأن الشاهد اعترف أن نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المشهود عليه فإن كان الشاهد ممن لاتقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه فإذا حلف ثبتت حصته من الدية وإن كان الشاهد مقبول القول حلف الجانى معه وسقط عنه الحق المشهود عليه ويحلف الجانى أنه عفا عن الدية ولا يحتاج إلى ذكر العفو عن القصاص لأنه قد أسقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج إلى ذكره فى اليمين ولأنه إنما يحلف على مايدعى عليـــه ولا يدعى عليه غير الدية .

٧٠٧٤ فصــــل

وإذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين نظرت فإن كانت الجرح مندملة فشهادتهما مقبولة لأنهما لايجران إلى أنفسهما نفعاً وإن كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما لجواز أن تصير نفساً فتجب الدية لهما بشهادتهما فإن شهدا فى تلك الحال وردت شهادتهما ثم اندملت فأعادا شهادتهما فهل تقبل ؟ على وجهين :

أحدهما : لاتقبل لأن الشهادة ردت للتهمة فلا تقبل وإن زالت التهمة كالفاسق إذا أعاد شهادته المردودة بعد عدالته .

والثانى تقبل لأن سبب التهمة قد تحقق زواله وللشافعى وجهان كهذين . وإن شهد وارثا المريض بمال فنى قبول شهادتهما له وجهان :

أحدهما : تقبل لأنهما يثبتان المال للمريض وإن مات انتقل إليهما عنه فأشبهت الشهادة للصحيح بخلاف الجناية فإنها إذا صارت نفساً وجبت الدية لهما بها .

والوجه الثاني : لاتقبل لأنه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به ولهذا لاينفذ تبرعه فيـه فيما زاد على الثلث وإن شهد للمجروح بالجرح من لايرثه لـكونه محجوباً كالأخوين يشهدان لأخيهما وله ابن سمعت شهادتهما فإن مات ابنه نظرت فإن كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينتقض حكمه لأن مايطرأ بعد الحـكم بالشهادة لايؤثر فيها كالفسق وإن كان ذلك قبل الحـكم بالشهادة لم يحكم بها لأنهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كما لو فسق الشاهدان قبل الحـكم بشهادتهما وإن شهد على رجل بالجراح الموجبة للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وإن كان فقيراً لأنه قد يكون ذا مال وقت العقل فيـكون دافعاً عن نفسه وإن كان الجرح مما لاتحمله العاقلة كجراحة العمد أو العبد سمعت شهادة العاقلة بجرح الشهود لأنهما لايدفعان عن أنفسهما ضرراً فإن موجب هذه الجراحة القصاص أو المال في ذمة الجاني وكذلك إن كان الشاهدان يشهدان على إقراره بالجرح لأن العاقلة لاتحمل الاعتراف وإن كانت شهادتهما بجراح عقله دون ثلث الدية خطأ نظرنا فإن كانت شهادة العاقلة بجرح الشهود قبل الاندمال لم تقبل لأنهـا ربما صارت نفساً فتحملها العاقلة وإن كانت بعده قبلت لأنها لاتحمل مادون الثلث وإن كان الشاهدان بالجرح ليسا من العاقلة في الحال وإنما يصيران من العاقلة التي تتحمل أن لو مات من هو أقرب منهما قبلت شهادتهما ذكره القاضي لأنهما ليسا من العاقلة وإنما يصيران منها بموت القريب والظاهر حياته .

وفارق الفقير إذا شهد لأن الغنى ليست عليه أمارة فإن المال غاد ورائح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ماذكرنا ويحتمل أن يسوى بين المسلمين لأن كل واحد منهما ليس من العاقلة في الحال وإنما يصير منها بحدوث أمر لم يتفق الآن سببه فهما سواء واحتمال غنى الفقير كاحتمال موت الحي بل الموت أقرب فإنه لابد منه وكل حي ميت وكل نفس ذائقة الموت وليس كل فقير يستغنى فما ثبت في إحدى الصورتين يثبت في الأخرى فيثبت فيهما جميعاً وجهان بأن ينقل حكم كل واحدة من الصورتين إلى الأخرى .

٧٠٧٥ فصـــل

إذا شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلا ثم شهد المشهود عليهما على الأولين أنهما اللذان قتلاه فصدق الولي الأولين ، وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لأن الولي يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً . وإن صدق الآخرين وحدهما بطلت شهادة الجميع لأن الأولين بطلت شهادتهما

لتـكذيبه لهما ورجوعه عما شهدا له به والآخران لاتقبل شهادتهما لأنهما عدوان للأولين ولأنهما يدفعان عن أنفسهما ضرراً ، وإن صدق الجميـع بطلت شهادتهم أيضاً لأنه بتصديق الأولين مـكذب للآخرين وتصديقه للآخرين تـكذيب للأولين وهما متهمان لما ذكرناه ، فإن قيل كيف تتصور هذه المسألة والشهادة إنما تـكون بعد الدعوى ؟ فـكيف يتصور فرض تصديقهم وتـكذيبهم ؟ قلنا قد يتصور أن يشهدوا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتله . ولهذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها »(1) وهذا معنى ذلك .

---

(١) أخرجه ابن ماجة عن زيد بن خالد .

كتاب قتال أهل البغى

والأصل فى هذا الباب قول الله سبحانه : (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ـ إلى قوله : إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ)(١) ففيها خمس فوائد :

أحدها : أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الإيمان ، فإنه سماهم مؤمنين .

الثانية : أنه أوجب قتالهم .

الثالثة : أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله .

الرابعة : أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه فى قتالهم .

الخامسة : أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه .

وروى عبد الله بن عمرو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من أعطى إماماً صفقة يده ، وثمرة فؤاده ، فليطعه ما استطاع ، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر » . رواه مسلم ، وروى عرفجة(٢) قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ستكون هنات وهنات ـ ورفع صوته ـ ألا ومن خرج على أمتى وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » ، فكل من ثبتت إمامته وجبت طاعته وحرم الخروج عليه وقتاله ، لقول الله تعالى : (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ)(٣) . وروى عبادة(٤) بن الصامت قال : بايعنا رسولَ الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة فى المنشط والمكره ، وأن لا ننازع الأمر أهله ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فمات فميتته جاهلية »(٥) ، رواه ابن عبد البر ، من حديث أبى هريرة وأبى ذر وابن عباس كلها بمعنى واحد وأجمعت الصحابة رضى الله عنهم على قتال البغاة ، فإن أبا بكر رضى الله عنه قاتل مانعى الزكاة وعلى قاتل أهل الجمل وصفين وأهل النهروان ، والخارجون عن قبضة الإمام أصناف أربعة :

---

(١) سورة الحجرات آية ٩ ، ١٠ .

(٢) أخرجه أبو داود والنسائى والحاكم عن عرفجة . (ف)

(٣) سورة النساء آية ٥٩

(٤) أخرجه البخارى ومسلم ومالك والنسائى عن عبادة . (ف)

(٥) أخرجه مسلم وأحمد والنسائى عن أبى هريرة . (ف)

أحدها : قوم امتنعوا من طاعته ، وخرجوا عن قبضته بغير تأويل ، فهؤلاء قطاع طريق ساعون فى الأرض بالفساد يأتى حكمهم فى باب مفرد .

الثانى : قوم لهم تأويل ، إلا أنهم نفر يسير لامنعة لهم ، كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم ، فهؤلاء قطاع طريق فى قول أكثر أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن : إن برئت رأيت رأيى ، وإن مت فلا تمثلوا به ، فلم يثبت لفعله حكم البغاة ، ولأننا لو أثبتنا للعدد اليسير حكم البغاة فى سقوط ضمان ماأتلفوه أفضى إلى إتلاف أموال الناس . وقال أبو بكر : لافرق بين الكثير والقليل ، وحكمهم حكم البغاة إذا خرجوا عن قبضة الإمام .

الثالث : الخوارج الذين يكفّرون بالذنب ، ويكفرون عثمان وعلياً وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم ، إلا من خرج معهم ، فظاهر قول الفقهاء من أصحابنا المتأخرين أنهم بغاة ، حكمهم حكمهم ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث ، ومالك يرى استتابتهم ، فإن تابوا ، وإلا قتلوا على إفسادهم ، لا على كفرهم .

وذهبت طائفة من أهل الحديث إلى أنهم كفار مرتدون ، حكمهم حكم المرتدين ، وتباح دماؤهم وأموالهم ، فإن تحيزوا فى مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار ، وإن كانوا فى قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين ، فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم ، وكانت أموالهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون ، لما روى أبو سعيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم ، وصيامكم مع صيامهم ، وأعمالكم مع أعمالهم ، يقرءون القرآن لايجاوز حناجرهم ، يَمْرُقون[1] من الدين كما يَمْرُق السهم من الرَّمِيَّة[2] ، ينظر فى النَّصْلِ[3] فلا يرى شيئاً ، وينظر فى القِدْحِ[4] فلايرى شيئاً ، وينظر فى الرِّيشِ فلايرى شيئاً ، ويتمارى فى الفُوقِ[5] » رواه مالك

---

(١) يمرقون : يخرجون . (ف)

(٢) بفتح الراء وكسر الميم وتشديد الياء أى الصيد المرى ، شبه مروقهم من الدين وعدم انتفاعهم به بمروق السهم الذى يصيب الصيد فيدخل فيه ويخرج منه دون أن يعلق به شىء من جسد الصيد لسرعة خروجه من شدة قوة الرامى . (ف)

(٣) النصل : حديدة السهم . (ف)

(٤) القدح : بكسر القاف وسكون الدال وهو عود السهم (خشبه) قبل أن يراش (يلصق به الريش) ويركب بنصله . (ف)

(٥) الفوق : بضم الفاء : تجويف فى أسفل قدح السهم يثبت فيه الوتر قبل الرمى ، ومعنى (يتمارى) : يشك والمقصود من ذلك أن الرامى ينقب ويمعن البحث عن أثر لسهمه فيجد أنه نفذ من الرمية دون أن يتعلق به شىء ولم يظهر فيه أثر وكذلك هؤلاء لايحصل لهم من قراءة القرآن فائدة والعياذ بالله (ف)

فى موطئه والبخارى فى صحيحه ، وهو حديث صحيح ثابت الإسناد ، وفى لفظ قال : « يخرج قوم فى آخر الزمان أحداث الأسنان[١] ، سفهاء الأحلام ، يقولون من خير قول البرية ، يقرءون القرآن لايجاوز تَرَاقِيَهُمْ[٢] ، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فأينما لقيتهم فاقتلهم ، فإن فى قتلهم أجراً لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخارى ، وروى معناه من وجوه :

يقول : فكما خرج هذا السهم نقياً خالياً من الدم والفرث لم يتعلق منها بشىء كذلك خروج هؤلاء من الدين - يعنى الخوارج . وعن أبى أمامة أنه «رأى رُءوساً منصوبة على دَرَجِ مسجدِ دمشق فقال[٣] : كلابُ النارِ ، شَرُّ قَتْلَى تحت أديمِ السماء ، خيرُ قَتْلَى مَنْ قَتَلُوه ، ثم قرأ : (يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وتَسْوَدُّ وُجُوهٌ)[٤] إلى آخر الآية ، فقيل[٥] له : أنت سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : لو لم أسمعه إلا مرة أو مرتين أو ثلاثاً أو أربعاً ، حتى عَدَّ سبعاً ، ماحدثتكموه » قال الترمذى : هذا حديث حسن ، ورواه ابن ماجه عن سهل عن ابن عيينة عن أبى غالب أنه سمع أبا أمامة يقول : «شر قتلى قتلوا تحت أديم السماء ، وخير قتلى[٦] من قتلوا ، كلاب أهل النار ، كلاب أهل النار ، كلاب أهل النار ، قد كانوا هؤلاء مسلمين فصاروا كفاراً . قلت : يا أبا أمامة هذا شىء تقوله ؟ قال : بل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وعن علىّ رضى الله عنه فى قوله تعالى : (قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالأَخْسَرِينَ أَعْمَالاً)[٧] قال : « هم أهل النهروان » . وعن أبى سعيد فى حديث آخر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «هم[٨] شر الخلق والخليقة لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد » . وقال : « لايجاوز إيمانهم حناجرهم » .

وأكثر الفقهاء على أنهم بغاة ولا يرون تكفيرهم ، قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وجعلهم كالمرتدين . وقال ابن عبد البر فى الحديث الذى رويناه قوله : «يتمارى فى الفوق» يدل على أنه لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشىء بحيث يشك فى خروجهم منه . وروى عن علىّ

---

(١) صغار الأسنان ضعفاء العقول . (ف)

(٢) التراقى جمع ترقوة . وهى العظم الذى فى أعلى الصدر بين ثغرة النحر والعاتق . (ف)

(٣) القائل أبو أمامة . (ف) (٤) سورة آل عمران آية ١٠٦

(٥) القائل أبو غالب الراوى عن أبى أمامه وحديثه فى سنن الترمذى ج ١١ ص ١٢٧ (ف)

(٦) لفظ ابن ماجة ج ١ ص ٧٥ (خير قتيل) وليس فيه تكرار (كلاب أهل النار) وفيه (بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم) . (ف)

(٧) سورة الكهف آية ١٠٣

(٨) فى مسلم ج ٢ ص ٧٥٠ عن أبى ذر (هم شر الخلق والخليقة فى ص ٧٤٢ عن أبى سعيد (لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد) . (ف)

« أنه لما قاتل أهل النهر قال لأصحابه : لا تبدءوهم بالقتال ، وبعث إليهم : أقيدونا بعبد الله بن خباب ، قالوا : كلنا قتله » ، فحينئذ استحل قتالهم ، لإقرارهم على أنفسهم بما يوجب قتلهم . وذكر ابن عبد البر عن عليّ رضى الله عنه « أنه سئل عن أهل النهر ، أكفارهم ؟ قال : من الكفر فروا ، قيل : فمنافقون ؟ قال : إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلا ، قيل: فما هم ؟ قال : هم قوم أصابتهم فتنة ، فعموا فيها وصموا ، وبغوا علينا وقاتلونا ، فقاتلناهم » . ولما جرحه ابن ملجم قال للحسن : أحسنوا إساره ، فإن عشت فأنا ولى دمى ، وإن مت فضربة كضربتى . وهذا رأى عمر بن عبد العزيز فيهم ، وكثير من العلماء . والصحيح إن شاء الله أن الخوارج يجوز قتلهم ابتداء والإجازة[1] على جريحهم لأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقتلهم ووعده بالثواب من قتلهم ، فإن عليًّا كرم الله وجهه قال : لولا أن ينظروا لحدثتكم بما وعد الله الذين يقتلونهم على لسان محمد صلى الله عليه وسلم ، ولأن بدعتهم وسوء فعلهم يقتضى حل دمائهم ، بدليل ما أخبر به النبى صلى الله عليه وسلم من عظم ذنبهم ، وأنهم شر الخلق والخليقة ، وأنهم يمرقون من الدين ، وأنهم كلاب النار . وحثه على قتلهم ، وإخباره بأنه لو أدركهم لقتلهم قتل عاد ، فلا يجوز إلحاقهم بمن أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالكف عنهم ، وتورع كثير من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتالهم ، ولا بدعة فيهم .

الصنف الرابع : قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ، ويرومون خلعه لتأويل سائغ ، وفيهم منعة يحتاج فى كفهم إلى جمع الجيش ، فهؤلاء البغاة الذين نذكر فى هذا الباب حكمهم ، وواجب على الناس معونة إمامهم فى قتال البغاة لما ذكرنا فى أول الباب ، ولأنهم لو تركوا معونته لقهره أهل البغى ، وظهر الفساد فى الأرض .

٧٠٧٦ مسـألة

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ وإذا اتفق المسلمون على إمام فمن خرج عليه من المسلمين يطلب موضعه حوربوا ، ودفعوا بأسهل مايندفعون به ﴾ .

وجملة الأمر : أن من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت إمامته ووجبت معونته ، لما ذكرنا من الحديث والإجماع ، وفى معناه من ثبتت إمامته بعهد النبى صلى الله عليه وسلم أو بعهد إمام قبله إليه ، فإن أبا بكر ثبتت إمامته بإجماع الصحابة على بيعته ، وعمر ثبتت إمامته بعهد أبى بكر إليه ، وأجمع الصحابة على قبوله ، ولو خرج رجل على الإمام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى أقروا له وأذعنوا بطاعته وتابعوه صار إماما يحرم قتاله ، والخروج عليه فإن عبد الملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله واستولى

(١) فى ١٨ : الإجهاز .

على البلاد وأهلها ، حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ، فصار إماماً يحرم الخروج عليه ، وذلك لما فى الخروج عليه من شق عصا المسلمين ، وإراقة دمائهم ، وذهاب أموالهم ، ويدخل الخارج عليه فى عموم قوله عليه السلام « من خرج على أمتى وهم جميع ، فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » فمن خرج على من ثبتت إمامته بأحد هذه الوجوه باغياً وجب قتاله ، ولا يجوز قتالهم حتى يبعث إليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب ، إلا أن يخاف كَلَبَهُم[1] ، فلا يمكن ذلك فى حقهم ، فأما إن أمكن تعريفهم عرفهم ذلك ، وأزال مايذكرونه من المظالم وأزال حججهم ، فإن لجوا قاتلهم حينئذ لأن الله تعالى بدأ بالأمر بالإصلاح قبل القتال فقال سبحانه : (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللهِ)[2] .

وروى أن علياً رضى الله عنه راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ، ثم أمر أصحابه أن لا يبدأوهم بالقتال ثم قال : إن هذا يوم من فَلَجَ[3] فيه فَلَجَ يوم القيامة ، ثم سمعهم يقولون : الله أكبر ، يالثارات عثمان ، فقال : اللهم أكب قتلة عثمان لوجوههم ، وروى عبد الله بن شداد بن الهادى أن علياً لما اعتزلته الحرورية[4] ، بعث إليهم عبد الله بن عباس فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف .

فإن أبوا الرجوع وعظهم وخوفهم القتال ، وإنما كان كذلك ، لأن المقصود كفهم ودفع شرهم لاقتلهم ، فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فإن سألوا الإنظار[5] نظر فى حالهم وبحث عن أمرهم ، فإن بان له أن قصدهم الرجوع إلى الطاعة ومعرفة الحق أمهلهم ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، فإن كان قصدهم الاجتماع على قتاله وانتظار مدد يقوون به أو خديعة الإمام أو ليأخذوه على غرة ويفترق عسكره لم ينظرهم وعاجلهم لأنه لايأمن أن يصير هذا طريقاً إلى قهر أهل العدل ولايجوز هذا وإن أعطوه عليه مالا لأنه لايجوز أن يأخذ المال على إقرارهم على مالا يجوز إقرارهم عليه ، وإن بذل له رهائن على إنظارهم لم يجز أخذها لذلك ، ولأن الرهائن لايجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئاً ، وإن كان فى أيديهم أسرى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الإمام واستظهر للمسلمين ، فإن أطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم أطلقت رهائنهم وإن قتلوا من عندهم لم يجز قتل رهائنهم لأنهم لايقتلون بقتل غيرهم فإذا انقضت الحرب خلى الرهائن كما تخلى الأسارى

---

(١) الكلب : بفتح الكاف واللام : الشر والأذى (ف)

(٢) سورة الحجرات آية ٩ .

(٣) فلج : فاز وظفر بمطلوبه (ف)

(٤) الحرورية : هم الخوارج وسموا بهذا لنزولهم بحروراء اسم قرية تمد وتقصر (ف)

(٥) هامش ١٨ : الإمهال من نسخه أخرى .

منهم ، وإن خاف الإمام على الفئة العادلة الضعف عنهم أخر قتالهم إلى أن تمكنه القوة عليهم لأنه لا يؤمن الاصطلام والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العدل ثم يقاتلهم وإن سألوه أن ينظرهم أبداً ويدعهم وماهم عليه ويكفوا عن المسلمين نظرت ، فإن لم يعلم قوته عليهم وخاف قهرهم له إن قاتلهم تركهم ، وإن قوى عليهم لم يجز إقرارهم على ذلك ، لأنه لا يجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الإمام ولا تؤمن قوة شوكتهم بحيث يفضى إلى قهر الإمام العادل ومن معه .

ثم إن أمكن دفعهم بدون القتل لم يجز قتلهم ، لأن المقصود دفعهم لأهلهم ، ولأن المقصود إذا حصل بدون القتل لم يجز القتل من غير حاجة ، وإن حضر معهم من لا يقاتل لم يجز قتله ، وقال أصحاب الشافعى : فيه وجه آخر ، يجوز ، لأن علياً رضى الله عنه نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السَّجَّاد ، وقال : إياكم وصاحب البُرْنُس[1] ، فقتله رجل[2] وأنشأ يقول :

وأشعثَ قَـوَّامٍ بآياتِ رَبِّه قليل الأذَى فيما ترى العينُ مُسْلِمِ
هَتَكْتُ له بالرُّمْحِ جَيْبَ قميصِه فخـرَّ صَرِيعاً لليدَيْنِ وللفَمِ
على غير شىء غير أنْ ليس تابعاً عَلِيًّا وَمَنْ لم يَتْبَعِ الحقَّ يَظْلِمِ
يناشدنى حامِيمِ، والرُّمْحُ شاجِرٌ فهلا تلا حاميم قبل التقدمِ ؟

وكان السجاد حامل راية أبيه ، ولم يكن يقاتل ، فلم ينكر علىّ قتله ، ولأنه صار ردءاً لهم .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ)[3] ، والأخبار الواردة فى قتل المسلم والإجماع على تحريمه وإنما خص من ذلك ماحصل ضرورة دفع الباغى والصائل ففيما عداه يبقى على العموم والإجماع فيه ولهـذا حرم قتل مدبرهم وأسيرهم والإجهاز على جريحهم مع أنهم إنما تركوا القتال عجزاً عنه ومتى ماقدروا عليـه عادوا إليـه فمن لا يقاتل تورعاً عنه مع قدرته عليه ولا يخاف منه القتال بعد ذلك أولى ، ولأنه مسلم لم يحتج إلى دفعه ولا صـدر منه أحد الثلاثة فلم يحل دمه لقوله عليه السلام « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث » فأما حديث على فى نهيه عن قتل السجاد فهو حجة عليه فإن نهى على أولى من فعل من خالفه ولا يعتثل قول الله تعالى ، ولا قول رسوله ، ولا قول إمامه ، وقولهم : لم ينكر قتله ، قلنا : لم ينقل إلينا أن علياً علم حقيقة الحال فى قتله ، ولا حضر قتله فينكره ، وقد جاء أن علياً رضى الله عنه حين طاف فى القتلى رآه فقال : السجاد ورب الكعبة ، هذا الذى[4] قتله

(١) البرنس : كل ثوب رأسه منه ملتزق به .
(٢) فى لسان العرب ج ١٢ ص ١٥١ « قتله الاشتر أو شريح » .
(٣) سورة النساء آية ٩٣ (٤) يقصد على كرم الله وجهه أن السجاد اندفع مع أبيه لحمل رايته براً به وإن كان لم يقاتل فأصابه ما أصابه . (ف)

بره بأبيه ، وهذا يدل على أنه لم يشعر بقتله ، ورأى كعب بن سور فقال : يزعمون أنما خرج إلينا الرعاع وهذا الحبر بين أظهرهم ، ويجوز أن يكون تركه الإنكار عليهم اجتزاء بالنهى المتقدم ، ولأن القصد من قتالهم كفهم ، وهذا كاف لنفسه فلم يجز قتله كالمنهزم .

٧٠٧٧ فصل

وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل البالغ الحر، يقاتلون مقبلين ، ويتركون مدبرين ، لأن قتالهم الدفع ، ولو أراد أحد هؤلاء قتل إنسان جاز دفعه وقتاله ، وإن أتى على نفسه ، ولذلك قلنا فى أهل الحرب إذا كان معهم النساء والصبيان يقاتلون قوتلوا وقتلوا .

٧٠٧٨ فصل

ولا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتغريق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز قتل من لا يقاتل ، وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت إلى ذلك ضرورة ، مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم إتلافه جاز ذلك ، وهذا قول الشافعى . وقال أبو حنيفة : إذا تحصن الخوارج فاحتاج الإمام إلى رميهم بالمنجنيق فعل ذلك بهم ، ما كان لهم عسكر ، ومالم ينهزموا ، وإن رماهم البغاة بالمنجنيق والنار جاز رميهم بمثله .

٧٠٧٩ فصل

قال أبو بكر : وإذا اقتتلت طائفتان من أهل البغى فقدر الإمام على قهرهما ، لم يعن واحدة منهما ، لأنهما جميعاً على الخطأ ، وإن عجز عن ذلك وخاف اجتماعهما على حربه ضم إليه أقربهما إلى الحق ، فإن استويا اجتهد برأيه فى ضم إحداهما ، ولا يقصد بذلك معونة إحداهما ، بل الاستعانة على الأخرى ، فإذا هزمها لم يقاتل من معه حتى يدعوهم إلى الطاعة ، لأنهم قد حصلوا فى أمانه ، وهذا مذهب الشافعى ، ولا يستعين على قتالهم بالكفار بحال ، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين ، وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : لا بأس أن يستعين عليهم بأهل الذمة والمستأمنين ، وصنف آخر منهم ، إذا كان أهل العدل هم الظاهرين[1] على من يستعينون به .

ولنا : أن القصد كفهم وردهم إلى الطاعة دون قتلهم وإن دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم ، فإن كان يقدر على كفهم استعان بهم ، وإن لم يقدر لم يجز .

(١) فى ٢٩ : إذا كان أهل العدل ظاهرين .

٧٠٨٠ فصـــل

وإذا أظهر قوم رأى الخوارج مثل تـكفير من ارتـكب كبيرة وترك الجماعة واستحلال دماء المسلمين وأموالهم ، إلا أنهم لم يخرجوا عن قبضة الإمام ولم يسفـكوا الدم الحرام ، فحـكى القاضى عن أبى بكر أنه لايحل بذلك قتلهم ولا قتالهم ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور أهل الفقه ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، فعلى هذا حكمهم فى ضمان النفس والمـال حكم المسلمين .

وإن سبوا الإمام أو غيره من أهل العدل عزروا ، لأنهم ارتـكبوا محرماً لا حد فيه ، وإن عرضوا بالسب فهل يعزرون ؟ على وجهين ، وقال مالك فى الإباضية : وسائر أهل البدع يستتابون ، فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم ، قال إسماعيل بن إسحاق رأى مالك قتل الخوارج وأهل القدر من أجل الفسـاد الداخل فى الدين كقطاع الطريق ، فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم ، وأما من رأى تـكفيرهم فمقتضى قوله إنهم يستتابون ، فإن تابوا وإلا قتلوا لـكفرهم كما يقتل المرتد ، وحجتهم قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فأينما[1] لقيتموهم فاقتلوهم » ، وقوله عليه السلام : « لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد » ، وقوله صلى الله عليه وسلم فى الذى أنـكر عليهم وقال إنها[2] لقسمة ما أريد بها وجه الله لأبى بكر « اذهب فاقتله » ، ثم قال لعمر مثـل ذلك ، فأمر بقتله قبل قتاله ، وهو الذى قال : يخرج من ضئضىء هـذا قوم - يعنى الخوارج ، وقول عمر لصبيغ : لو وجدتك محلوقاً لضربت الذى فيـه عيناك بالسيف - يعنى لقتلتك ، وإنما يقتل لـكونه من الخوارج ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «سيماهم التسبيد»[3] يعنى حلق رءوسهم .

---

(١) أخرجه مسلم عن على بلفظ (فإذا لقيتموهم) ج ٢ ص ١٤٧ والحديث الذى بعده سبق تخريجه (ف)

(٢) ورد فى مسند أحمد ج ٣ ص ١٥ ، عن أبى سعيد الخدرى أن أبا بكر جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إنى مررت بوادى كذا وكذا فإذا رجل متخشع حسن الهيئة يصلى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : إذهب إليه فاقتله قال : فذهب إليه أبو بكر فلما رآه على تلك الحال كره أن يقتله فرجع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعمر : إذهب فاقتله فذهب عمر فرآه على تلك الحال التى رآه أبو بكر قال فكره أن يقتله قال فرجع فقال : يارسول الله إنى رأيته يصلى متخشعاً فكرهت أن أقتله قال : ياعلى إذهب فاقتله قال : فذهب على فلم يره فرجع على فقال يارسول الله إنه لم يره قال : فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إن هذا وأصحابه يقرأون القرآن لايجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ثم لايعودون فيه حتى يعود السهم فى فوقه فاقتلوهم هم شر البرية ، ومنه يعلم ما فى كلام المغنى من خلط . أما الرجل الذى قال : إنها لقسمة ما أريد بها وجه الله فقصته فى الصحيحين وقد أبى النبى صلى الله عليه وسلم أن يقتله من أشار بقتله . (ف)

(٣) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٥٤٤ (سيماهم التحليق والتسبيد) والتسبيد : استئصال الشعر (ف)

واحتج الأولون بفعل عليّ رضى الله عنه ، فإنه روى عنه أنه كان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد : لا حـكم إلا لله ، فقال عليّ[1] : كلمة حق أريد بها باطل ، ثم قال : لـكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله تعالى ، ولا نمنعكم الفيء مادامت أيديكم معنا ، ولا نبدأكم بقتال .

وروى أبو يحيى قال : صـلّى عليّ رضى الله عنه صـلاة فناداه رجل من الخوارج : (لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين)[2] ، فأجابه عليّ رضى الله عنه : (فاصـبر إن وعـد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون)[3] .

وكتب عدى بن أرطاة إلى عمر بن عبد العزيز أن الخوارج يسبونك ، فـكتب إليـه : إن سبونى فسبوهم أو أعفوا عنهم ، وإن شـهروا السلاح فاشـهروا عليهم ، وإن ضربوا فاضربوا ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين معه فى المدينة ، فلأن لا يتعرض لغيرهم أولى .

وقد روى فى خبر الخارجى الذى أنـكر عليه أن خالداً قال[4] : يارسول الله ألا أضرب عنقه ؟ قال: « لعله يصلى » قال : رب مصل لاخير فيه ، قال : « إنى لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس » .

٧٠٨١ مســـــألة

قال : ﴿ فإن آل مادفعوا به إلى نفوسهم فلاشىء على الدافع ، وإن قتل الدافع فهو شهيد ﴾

وجملته أنه إذا لم يمكن دفع أهل البغى إلا بقتلهم جاز قتلهم ولاشىء على من قتلهم من إثم ولاضمان ولا كفارة ، لأنه فعل ما أمر به وقتل من أحل الله قتله وأمر بمقاتلته ، وكذلك ما أتلفه أهل العـدل على أهل البغى حال الحرب من المـال لا ضمان فيـه ، لأنهم إذا لم يضمنوا الأنفس فالأموال أولى ، فإن قتل العادل كان شهيداً لأنه قتل فى قتال أمر الله تعالى به بقوله : (فقاتِـلوا التى تَبْغى)[5] ، وهل يغسل ويصلى عليه ؟ فيه روايتان :

إحداهما : لا يغسل ولا يصلى عليه لأنه شهيد معركة أمر بالقتال فيها فأشبه شهيد معركة الـكفار .

والثانية : يغسل ويصلى عليه ، وهو قول الأوزاعى وابن المنذر ، ولأن النبى صلى الله عليه وسـلم أمر بالصلاة على من قال لاإله إلا الله واستثنى قتيل الـكفار فى المعركة ، ففيما عداه يبقى على الأصـل ، ولأن شهيد معركة الـكفار أجره أعظم وفضـله أكثر ، وقد جاء أنه يشفع فى سبعين من أهل بيتـه ، وهذا لا يلحق به فى فضله ، فلايثبت فيه مثل حكمه ، فإن الشىء إنما يقاس على مثله .

---

(١) هذه الفقرة أخرجها مسلم ج ٢ ص ٧٤٩ (ف)
(٢) سورة الزمر آية ٦٥ (٣) سورة الروم آية ٦٠ .
(٤) أخرجه مسلم ج ٢ ص ٧٤٢ (ف) (٥) سورة الحجرات آية ٩

٧٠٨٢ فصـــــل

وليس على أهل البغى أيضاً ضمـان ماأتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال ، وبه قال أبو حنيفـة ، والشافعى فى أحد قوليه ، وفى الآخر : يضمنون ذلك لقول أبى بكر لأهل الردة : تدون قتلانا ، ولاندى قتلاكم ، ولأنها نفوس وأموال معصومة أتلفت بغير حق ، ولا ضرورة دفع مبـاح ، فوجب ضمانه كالذى تلفت فى غير حال الحرب .

ولنا : ماروى الزهرى أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لايقام حد على رجل ارتـكب فرجا حراماً بتأويل القرآن ، ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ، ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ ، فلم تضمن ماأتلفت على الأخرى ، كأهل العدل ، ولأن تضمينهم يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ، فلا يشرع كتضمين أهل الحرب ، فأما قول أبى بـكر رضى الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه ، فإن عمر قال له : أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا فى سبيل الله تعالى على ماأمر الله ، فوافقه أبو بـكر ، ورجع إلى قوله ، فصار أيضاً إجماعاً حجة لنا ، ولم ينقـل أنه غرم أحـداً شيئاً من ذلك ، وقد قتل طليحة عكاشة بن محصن ، وثابت بن أقرم ، ثم أسلم فلم يغرم شيئاً ، ثم لو وجب التغريم فى حق المرتدين لم يلزم مثله ههنا ، فإن أولئك كفار لاتأويل لهم ، وهؤلاء طائفة من المسلمين لهم تأويل سائغ ، فـكيف يصح إلحاقهم بهم .

فأما ماأتلفه بعضهم على بعض فى غير حال الحرب قبله أو بعده فعلى متلفه ضمانه ، وبهذا قال الشافعى ، ولذلك لمـا قتل الخوارج عبد الله بن خباب أرسل إليهم علىٌّ ، أقيدونا من عبد الله بن خباب ، ولما قتل ابن ملجم عليا فى غير المعركة أقيد به وهل يتحتم قتل الباغى إذا قتل أحـداً من أهل العدل فى غير المعركة ؟ فيه وجهان :

أحـدهما : يتحتم لأنه قتـل بإشهـار السلاح والسعى فى الأرض بالفساد فيحتم قتـــله كقاطع الطريق .

والثانى : لايتحتم وهو الصحيح لقول على رضى الله عنه إن شئت أن أعفو وإن شئت استقدت فأما الخوارج فالصحيح على ماذكرنا إباحة قتلهم فلا قصاص[1] على قاتل أحـد منهم ولا ضمـان عليه فى ماله .

٧٠٨٣ مســــألة

قال : ﴿ وإذا دفعوا لم يتبع لهم مدبر ولا يجاز على جريحهم ولم يقتل لهم أسير ولم يغنم لهم مال ولم تسب له ذرية ﴾ .

---

(١) فى « ا » : ولا قصاص .

وجملته أن أهل البغى إذا تركوا القتال إما بالرجوع إلى الطاعة وإما بإلقاء السلاح وإما بالهزيمة إلى فئة أو إلى غير فئة وإما بالعجز لجراح أو مرض أو أسر فإنه يحرم قتلهم وإتباع مدبرهم ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : إذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا ، وإن كانت لهم فئة يلجأون إليها جاز قتل مدبرهم وأسيرهم والإجازة[1] على جريحهم وإن لم يكن لهم فئة لم يقتلوا لكن يضربون ضرباً وجيعاً ويحبسون حتى يقلعوا عما هم عليه ويحدثوا توبة ذكروا هذا فى الخوارج ويروى عن ابن عباس نحو هذا واختاره بعض أصحاب الشافعى لأنه متى لم يقتلهم اجتمعوا ثم عادوا إلى المحاربة .

ولنا : ماروى عن على رضى الله عنه أنه قال يوم الجمل[2] لايذفف على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق باباً أو بابه فهو آمن ولا يتبع مدبر وقد روى نحو ذلك عن عمار وعن على رضى الله عنه أنه ودى قوماً من بيت مال المسلمين قتلوا مدبرين ، وعن أبى أمامة أنه قال شهدت صفين وكانوا لايجيزون على جريح ولا يقتلون مولياً ولا يسلبون قتيلا وقد ذكر القاضى فى شرحه عن عبد الله بن مسعود[3] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ياابن أم عبد ماحكم من بغى على أمتى ؟ فقلت الله ورسوله أعلم فقال : لايتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيئهم » ولأن المقصود دفعهم وكفهم وقد حصل فلم يجز قتلهم كالصائل ولا يقتلون لما يخاف فى الثانى[4] كما لو لم تكن لهم فئة .

إذا ثبت هذا فإن قَتَل إنسان مَن مُنِعَ مِنْ قتلِهِ ضمنه لأنه قتل معصوماً لم يؤمر بقتله وفى القصاص وجهان .

أحدهما : يجب لأنه مكافىء معصوم . والثانى : لا يجب لأن فى قتلهم اختلافاً بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص لأنه مما يندرىء بالشبهات .

وأما أسيرهم فإن دخل فى الطاعة خلى سبيله ، وإن أبى ذلك وكان رجلا جلداً من أهل القتال حبس مادامت الحرب قائمة ، فإذا انقضت الحرب خلى سبيله ، وشرط عليه أن لايعود إلى القتال ، وإن لم يكن الأسير من أهل القتال كالنساء والصبيان والشيوخ الفانين خلى سبيلهم ، ولم يحبسوا فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يحبسون لأن فيه كسراً لقلوب البغاة ، وإن أسر كل واحد من الفريقين أسارى من الفريق الآخر جاز فداء أسارى أهل العدل بأسارى أهل البغى ، وإن قتل أهل البغى أسارى أهل العدل لم

---

(١) فى ٣٩ : والإجهاز .

(٢) أخرج سعيد بن منصور عن مروان بن الحكم قال : صرخ صارخ لعلى يوم الجمل « لايقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن أغلق بابه فهو آمن ومن ألقى السلاح فهو آمن » . (ف)

(٣) أخرج الحاكم والبيهقى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لابن مسعود ياابن أم عبد ماحكم من بغى من أمتى ؟ قال : الله ورسوله أعلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لايتبع مدبرهم ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم . (ف)

(٤) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥٩ « لما يخاف فى ثانى الحال » .

يجز لأهل العدل قتل أساراهم لأنهم لا يقتلون بجناية غيرهم ولا يزرون وزر غيرهم وإن أبى البغاة مفاداة الأسرى الذين معهم وحبسوهم احتمل أن يجوز لأهل العدل حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخليص أساراهم بحبس من معهم ويحتمل أن لا يجوز حبسهم ويطلقون لأن الذنب فى حبس أسارى أهل العدل لغيرهم .

٧٠٨٤ فصـــل

فأما غنيمة أموالهم وسبي ذريتهم فلا نعلم فى تحريمه بين أهل العلم خلافاً ، وقد ذكرنا حديث أبى أمامة وابن مسعود ، ولأنهم معصومون وإنما أبيح من دمائهم وأموالهم ماحصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم ، وقد روى أن علياً رضى‌الله‌عنه يوم الجمل قال : من عرف شيئاً من ماله مع أحد فليأخذه وكان بعض أصحاب على قد أخذ قدراً وهو يطبخ فيها فجاء صاحبها ليأخذها فسأله الذى يطبخ فيها إمهاله حتى ينضج الطبيخ ، فأبى وكبه وأخذها ، وهذا من جملة مانقم الخوارج من على فإنهم قالوا : إنه قاتل ولم يسب ، ولم يغنم ، فإن حلت له دماؤهم فقد حلت له أموالهم ، وإن حرمت عليه أموالهم فقد حرمت عليه دماؤهم ، فقال لهم ابن عباس : أفتسبون أمكم ؟ يعنى عائشة أم تستحلون منها ما تستحلون من غيرها ؟ فإن قلتم ليست أمكم فقد كفرتم ، وإن قلتم : إنها أمكم واستحللتم سبيها فقد كفرتم ، يعنى بقوله إنكم إن جحدتم أنها أمكم فقد قال الله تعالى : (النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ)[1] فإن لم تكن أمَّاتهم لم يكونوا من المؤمنين ، ولأن قتال البغاة إنما هو لدفعهم وردهم إلى الحق لا لكفرهم فلا يستباح منهم إلا ما حصل ضرورة الدفع كالصائل وقاطع الطريق وبقى حكم المال والذرية على أصل العصمة ، وما أخذ من كراعهم وسلاحهم لم يرد إليهم حال الحرب لئلا يقاتلونا به . وذكر القاضى أن أحمد أومأ إلى جواز الانتفاع به حال التحام الحرب ، ولا يجوز فى غير قتالهم ، وهذا قول أبى حنيفة ، لأن هذه الحال يجوز فيها إتلاف نفوسهم وحبس سلاحهم وكراعهم ، فجاز الانتفاع به كسلاح أهل الحرب . وقال الشافعى : لا يجوز ذلك إلا من ضرورة إليه لأنه مال مسلم فلم يجز الانتفاع به بغير إذنه كغيره من أموالهم .

وقال أبو الخطاب فى هذه المسألة وجهان كالمذهبين ، ومتى انقضت الحرب وجب رده إليهم كما ترد إليهم سائر أموالهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه »[2] . وروى أبو قيس أن علياً رضى‌الله‌عنه نادى من وجد ماله فليأخذه .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٦

(٢) أخرجه الدارقطنى عن أبى حرة الرقاشى عن عمه ، وأخرجه عن أنس .

٧٠٨٥ مســـــألة

قال : ﴿ ومن قتل منهم غسل وكفن وصلى عليه ﴾ .

يعنى من أهل البغى ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أصحاب الرأى : إن لم يكن لهم فئة صلى عليهم وإن كانت لهم فئة لم يصل عليهم ، لأنه يجوز قتلهم فى هذه الحال فلم يصل عليهم كالـكفار .

ولنـا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « صلوا على من قال لا إله إلا الله » . رواه الخلال فى جامعه ، ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيغسلون ويصلى عليهم كما لو يكن لهم فئة . وما ذكروه ينتقض بالزانى المحصن والمقتص منه والقاتل فى المحاربة .

٧٠٨٦ فصـــــل

لم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم فى هـذا وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى . وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه لا يصلى على الخوارج فإنه قال : أهل البدع إن مرضوا فلا تعودوهم ، وإن ماتوا فلا تصلوا عليهم . وقال أحمـد : الجهمية والرافضة لا يصلى عليهم قد ترك النبى صلى الله عليـه وسلم الصلاة بأقل من هـذا . وذكر أن النبى صلى الله عليـه وسلم نهى أن تقاتل خيبر من ناحية من نواحيها فقاتل رجل من تلك الناحية فقتل[1] فلم يصل عليه النبى صلى الله عليـه وسلم فقيل إنه[2] كان فى قرية أهلها نصارى ليس فيها من يصلى عليه ؟ قال « أنا لا أشهده يشهده من شاء » .

وقال مالك : لا يصلى على الإباضية ، ولا القدرية ، وسائر أصحاب الأهواء ولا تتبع جنائزهم ولا تعاد مرضاهم . والإباضية صنف من الخوارج نسبوا إلى عبد الله بن إباض صاحب مقالتهم ، والأزارقة أصحاب نافع بن الأزرق ، والنجدات أصحاب نجدة الحرورى ، والبيهسية أصحاب بيهس ، والصفرية قيل إنهم نسبوا إلى صفرة ألوانهم وأصنافهم كثيرة ، والحرورية نسبوا إلى أرض يقال لهـا حروراء خرجوا بهـا . وقال أبو بكر بن عياش : لا أصلى على الرافضى لأنه زعم أن عمر كافر ولا على الحرورى لأنه يزعم أن علياً كافر . وقال الفريابى من شتم أبا بكر فهو كافر لا يصلى عليه .

---

(١) روى نظير هذا عن زيد بن خالد الجهنى أن رجلا من المسلمين توفى بخيبر وأنه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقـال : صلوا على صاحبكم فتغيرت وجوه القوم لذلك . فلما رأى الذى بهم قال : إن صاحبكم غل فى سبيل الله ففتشنا متاعه فوجدنا فيه خرزاً من خرز اليهود مايساوى درهمين . رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه .

(٢) فى الشرح الـكبير ج ١٠ ص ٦٣ ، فقيل له : فإن كان فى قرية أهلها نصارى ، أى فقيل لأحمد وهو سؤال له .

ووجه ترك الصلاة عليهم أنهم يكفرون أهل الإسلام ولا يرون الصلاة عليهم فلا يصلى عليهم كالكفار من أهل الذمة وغيرهم ولأنهم مرقوا من الدين فأشبهوا المرتدين .

٧٠٨٧ فصــل

والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين وإنما هم يخطئون فى تأويلهم والإمام وأهل العدل مصيبون فى قتالهم فهم جميعاً كالمجتهدين من الفقهاء فى الأحكام من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلاً ، وهذا قول الشافعى ولا أعلم فى قبول شهادتهم خلافاً ، فأما الخوارج وأهل البدع إذا خرجوا على الإمام فلا تقبل شهادتهم لأنهم فساق ، وقال أبو حنيفة : يفسقون بالبغى وخروجهم على الإمام ولكن تقبل شهادتهم لأن فسقهم من جهة الدين فلا ترد به الشهادة وقد قبل شهادة الكفار بعضهم على بعض ، ويذكر ذلك فى كتاب الشهادة إن شاء الله تعالى .

٧٠٨٨ فصــل

ذكر القاضى أنه لا يكره للعادل قتل ذى رحمه الباغى لأنه قتل بحق فأشبه إقامة الحد عليه وكرهت طائفة من أهل العلم القصد إلى ذلك وهو أصح إن شاء الله لقول الله تعالى : (وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا)(١) . وقال الشافعى : كف النبى صلى الله عليه وسلم أبا حذيفة وعتبة عن قتل أبيه وقال بعضهم لا يحل ذلك لأن الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف وليس هذا من المعروف فإن قتله فهل يرثه ؟ على روايتين :

إحداهما : يرثه هذا قول أبى بكر ومذهب أبى حنيفة لأنه قتل بحق فلم يمنع الميراث كالقصاص والقتل فى الحج .

والثانية : لا يرثه ، وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعى لعموم قوله عليه السلام « ليس(٢) لقاتل شىء » . وأما الباغى إذا قتل العادل فلا يرثه وهذا قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة يرثه لأنه قتله بتأويل أشبه قتل العادل الباغى .

ولنا أنه قتله بغير حق فلم يرثه كالقاتل خطأ ، وفارق ما إذا قتله العادل لأنه قتله بحق ، وقال قوم إذا تعمد العادل قتل قريبه فقتله ابتداء لم يرثه وإن قصد ضربه ليصير غير ممتنع فجرحه ومات من هذا الضرب ورثه لأنه قتله بحق . وهذا قول ابن المنذر وقال هو أقرب الأقاويل .

---

(١) سورة لقمان آية ١٥ .
(٢) أخرجه ابن ماجه والموطأ وأحمد عن عمر .

٧٠٨٩ مســـألة

قال : ﴿ وما أخذوا فى حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم ﴾ .

وجملته أن أهل البغى إذا غلبوا على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغى لم يطالبوا بشىء مما جبوه ولم يرجع به على من أخذ منه ، روى نحو هـذا عن ابن عمر وسلمة بن الأكوع وهو قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وسواء كان من الخوارج أو من غيرهم . وقال أبو عبيد : على من أخذوا منه الزكاة الإعادة لأنه أخذها من لا ولاية له صحيحة فأشبه مالو أخذها آحاد الرعية .

ولنـا : أن علياً لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشىء مما جَبَوْه وكان ابن عمر إذا أتاه ساعى نجدة الحرورى دفع إليه زكاته ، وكذلك سلمة بن الأكوع ، ولأن فى ترك الاحتساب بها ضرراً عظيما ومشقة كثيرة ، فإنهم قد يغلبون على البلاد السنين الـكثيرة ، فلو لم يحتسب بما أخذوه أدى إلى ثنى[1] الصدقات فى تلك المدة كلها .

فإذا ثبت هذا : فإذا ذكر أرباب الصدقات أنهم قد أخذوا صدقاتهم قبل قولهم بغـير يمين ، قال أحمد : لا يستحلف الناس على صدقاتهم ، وإن ادعى أهل الذمه دفع جزيتهم لم تقبل بغير بينة لأنهم غير مأمونين ، ولأن مايجب عليهم عوض وليس بمواساة فلم يقبل قولهم كأجرة الدار ويحتمل أن يقبل قولهم إذا مضى الحول لأن الظاهر أن البغاة لايدعون الجزية لهم فـكان القول قولهم لأن الظاهر معهم ، ولأنه إذا مضى لذلك سنون كثيرة شق عليهم إقامة البينة على كل عام فيؤدى ذلك إلى تغريمهم الجزية مرتين ، وإن ادعى من عليه الخراج دفعه إليهم ففيه وجهان . أحدهما : يقبل . لأنه حق على مسلم فقبل قوله فيه كالزكاة . والثانى : لايقبل لأنه عوض فأشبه الجزية وإن كان من عليه الخراج ذمياً فهو كالجزية لأنه عوض على غير مسلم فهو كالجزيه ولأنه أحد الخراجين فأشبه الجزية .

٧٠٩٠ مســـألة

قال : ﴿ ولا ينقض من حكم حاكمهم إلا ماينقض من حكم غيره ﴾ .

يعنى إذا نصب أهل البغى قاضياً يصلح للقضاء فحـكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ماينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه مايرد فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه

(١) فى النسخ (ثنا) بالألف والأولى (ثنى) بـكسر المثلثة وفتح النون مع القصر أى الأمر يعاد مرتين والمراد أنه يؤدى إلى أخذ الصدقة مرتين فى السنة الواحدة .

ليس بعدل وهذا قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة لايجوز قضاؤه بحال لأن أهل البغى يفسقون ببغيهم والفسق ينافى القضاء .

ولنا : أنه اختلاف فى الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء ولم يفسّق كاختلاف الفقهاء ، فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بما لا يخالف إجماعاً نفذ حكمه ، وإن خالف ذلك نقض حكمه فقاضى أهل البغى أولى ، وإن حكم بسقوط الضمان عن أهل البغى فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لأنه موضع اجتهاد وإن كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لأنه مخالف للإجماع وإن حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للإجماع ، وإن حكم بوجوب ضمان ماأتلفوه فى غير حال الحرب نفذ حكمه ، وإن كتب قاضيهم إلى قاضى أهل العدل جاز قبول كتابه لأنه قاض ثابت القضايا نافذ الأحكام ، والأولى أن لا يقبله كسراً لقلوبهم ، وقال أصحاب الرأى لا يقبله لأن قضاءه لايجوز وقد سبق الكلام فى هذا ، فأما الخوارج إذا ولوا قاضياً لم يجز قضاؤه لأن أقل أحوالهم الفسق والفسق ينافى القضاء ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفذ أحكامه لأن هذا مما يتطاول وفى القضاء بفساد قضاياه وعقوده الأنكحة وغيرها ضرر كثير فجاز دفعاً للضرر كما لو أقام الحدود وأخذ الجزية والخراج والزكاة .

٧٠٩١ فصـــل

وإن ارتكب أهل البغى فى حال امتناعهم مايوجب الحد ثم قدر عليهم أقيمت فيهم حدود الله تعالى ولا تسقط باختلاف الدار وبهذا قال مالك والشافعى وابن المنذر وقال أبو حنيفة إذا امتنعوا بدار لم يجب الحد على أحد منهم ولا على من عندهم من تاجر أو أسير لأنهم خارجون عن دار الإمام فأشبهوا من فى دار الحرب .

ولنا : عموم الآيات والأخبار ولأن كل موضع تجب فيه العبادات فى أوقاتها تجب الحدود فيه عند وجود أسبابها كدار أهل العدل . ولأنه زان أو سارق لاشبهة فى زناه وسرقته فوجب عليه الحد كالذى فى دار العدل ، وهكذا نقول فيمن أتى حداً فى دار الحرب فإنه يجب عليه لكن لايقام إلا فى دار الإسلام على ماذكرناه فى موضعه .

٧٠٩٢ فصـــل

وإذا استعان أهل البغى بالكفار فلايخلو من ثلاثة أصناف :

أحدهم : أهل الحرب ، فإذا استعانوا بهم أو آمنوهم أو عقدوا لهم ذمة ، لم يصح واحد منها ، لأن الأمان من شرط صحته إلزام كفهم عن المسلمين ، وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين فلايصح ، ولأهل

العدل قتالهم كمن لم يؤمنوه سواء ، وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم ، فأما أهل البغي فلايجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلايجوز لهم الغدر بهم .

الصنف الثاني : المستأمنون ، فمتى استعانوا بهم فأعانوهم نقضوا عهدهم وصاروا كأهل الحرب لأنهم تركوا الشرط وهو كفهم عن المسلمين ، فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم لأن لهم عذراً ، وإن ادعوا الإكراه لم يقبل قولهم إلا ببينة لأن الأصل عدمه .

الصنف الثالث : أهل الذمة ، فإذا أعانوهم وقاتلوا معهم ففيهم وجهان ذكرهما أبو بكر :

أحدهما : ينتقض عهدهم لأنهم قاتلوا أهل الحق فينتقض عهدهم كما لو انفردوا بقتالهم .

والثاني : لاينتقض ، لأن أهل الذمة لايعرفون المحق من المبطل ، فيكون ذلك شبهة لهم وللشافعي قولان كالوجهين . فإن قلنا ينتقض عهدهم صاروا كأهل الحرب فيما ذكرنا . وإن قلنا لاينتقض عهدهم فحكمهم حكم أهل البغي في قتل مقبلهم والكف عن أسيرهم ومدبرهم وجريحهم ، إلا أنهم يضمنون ما أتلفوا على أهل العدل حال القتال وغيره ، بخلاف أهل البغي فإنهم لايضمنون ما أتلفوا حال الحرب ، لأنهم أتلفوا بتأويل سائغ ، وهؤلاء لاتأويل لهم ، ولأنه سقط الضمان عن المسلمين كيلا يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ، وأهل الذمة لا حاجة بنا إلى ذلك فيهم ، وإن أكرههم البغاة على معونتهم لم ينتقض عهدهم ، وإن ادعوا ذلك قبل قولهم لأنهم تحت أيديهم وقدرتهم ، وإن قالوا ظننا أن من استعان بنا من المسلمين لزمتنا معونته لم ينتقض عهدهم إن فعل ذلك المستأمنون انتقض عهدهم ، والفرق بينهما أن أهل الذمة أقوى حكماً ، لأن عهدهم مؤبد ولايجوز نقضه لخوف الخيانة منهم ويلزم الإمام الدفع عنهم والمستأمنون بخلاف ذلك .

٧٠٩٣ فصل

وإذا ارتد قوم فأتلفوا مالاً للمسلمين لزمهم ضمان ما أتلفوه ، سواء تحيزوا أو صاروا في منعة أو لم يصيروا ، ذكره أبو بكر ، قال القاضي : وهو ظاهر كلام أحمد ، وقال الشافعي : حكمهم حكم أهل البغي فيما أتلفوا من الأنفس والأموال ، لأن تضمينهم يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الإسلام فأشبهوا أهل البغي .

ولنا ماروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لأهل الردة حين رجعوا : تردون علينا ما أخذتم منا ولا نرد عليكم ما أخذنا منكم ، وأن تدوا قتلانا ولا ندي قتلاكم . قالوا : نعم ياخليفة رسول الله . فقال عمر : كل ما قلت كما قلت إلا أن يدوا ما قتل منا فلا ، لأنهم قوم قتلوا في سبيل الله واستشهدوا ولأنهم أتلفوه بغير تأويل فأشبهوا أهل الذمة ، فأما القتلى فحكمهم فيهم حكم أهل البغي لما ذكرنا من خبر أبي بكر وعمر ، ولأن طليحة الأسدي قتل عكاشة بن محصن الأسدي وثابت بن أقرم فلم يغرمهما ،

وبنوا حنيفة قتلوا من قتلوا من المسلمين يوم اليمامة فلم يغرموا شيئاً ، ويحتمل أن يحمل قول أحمد وكلامه في المال على وجوب رد ما في أيديهم دون ما أتلفوه وعلى من أتلف من غير أن يكون له منعة أو أتلف في غـير الحرب وما أتلفوه حال الحرب فلا ضمان عليهم فيـه ، لأنه إذا سقط ذلك عن أهل البغي كيلا يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلأن يسقط ذلك كيلا يؤدي إلى التنفير عن الإسلام أولى ، ولأنهم إذا امتنعوا صاروا كفاراً ممتنعين بدارهم فأشبهوا أهل الحرب ، ويحمل قول أبي بكر على ما بقي في أيديهم من المال ، فيكون مذهب أحمد ومذهب الشافعي في هذا سواء ، وهذا أعدل وأصح إن شاء الله تعالى ، فأما من لا منعة له فيضمن ما أتلف من نفس ومال كالواحد من المسلمين أو أهل الذمة ، لأنه لا منعة له ولا يكثر ذلك منه ، فبقي المال والنفس بالنسبة إليه على عصمته ووجوب ضمانه . والله أعلم .

انتهى الجزء الثامن بحمد الله

ويتلوه الجزء التاسع بعون الله

وأوله « كتاب المرتد »

فهرس الجزء الثامن من كتاب المغنى لابن قدامة

الصفحة	الموضــــوع
٣٤	الخلاف فى جواز إخراج الخبز - الهريسة والعصيدة .
٣٥	من يستحق الكفارة - الخلاف فى جواز إعطاء الكافر .
٣٦	إذا تخلل صوم الظهار زمان لايصح صومه .
٣٧	إن نوى صوم رمضان عن الكفارة .
٣٨	كفارة العبد - الخلاف فى جواز إعتاق العبد عبداً فى الكفارة .
٣٩	اعتبار الكفارة بحال الوجوب أو بأغلظ الأحوال .
٤٠	كفارة المظاهر الذمى .
٤١	من وطىء قبل الكفارة - ظهار المرأة من زوجها .
٤٢	الخلاف فى وجوب الكفارة على المرأة إذا ظاهرت من زوجها .
٤٣	إذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر .
٤٤	حكم النية فى صحة الكفارة .
٤٥	أحوال الإعتاق عن كفارتين .
٤٧	كتاب اللعان
٤٧	الأصل فيه من الكتاب والسنة .
٤٨	صفة الزوجين اللذين يصح اللعان بينهما .
٥٠	أحوال الزوج غير المكلف فى اللعان .
٥١	أحوال من يجن ويفيق
٥٢	الأخرس والخرساء - إذا تكلم الأخرس وأنكر .
٥٣	إن قذفها وهو ناطق ثم خرس - النسب مع اللعان .
٥٥	قذف المنكوحة نكاحاً فاسداً واللعان لنفى الولد .
٥٦	حكم اللعان قبل وضع الولد - لعان المطلقة الرجعية .
٥٧	لا لعان إن قذف أجنبية ثم تزوجها .
٥٨	يجب اللعان بكل قذف للزوجة - فسق القاذف .
٥٩	لا لعان إلا بطلب الزوجة .
٦٠	يسقط اللعان بالموت ويلحقه الولد وترثه الزوجة .
٦١	إذا قذف زوجته وله بينة على زناها .
٦٢	إذا قال الشهود قذف فلانة وقذفنا .
٦٣	متى تحصل الفرقة بين المتلاعنين - تفريق الحاكم .
٦٤	الخلاف فى حصول الفرقة بلعان الزوج وحده .
٦٥	الخلاف فى فرقة اللعان هل هى فسخ أو طلاق .
٦٦	الخلاف فيما إذا أكذب الزوج نفسه - هل تحل الزوجة أم لا .
٦٧	على الزوج الحد إذا أكذب نفسه - لحوق نسب الولد .

﴿ تم بحمد الله ﴾